

rivista di diritto privato

1 anno XXII - gennaio/marzo 2017

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova,
Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno,
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore: Giorgio De Nova

Condirettori: Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale: Pietro Abbadessa, Fabio Addis,
Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,
Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,
Francesco Delfini, Massimo Di Rienzo,
Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,
Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti,
Carlo Ibba, Giancarlo Laurini, Raffaele Lener,
Francesco Macario, Vincenzo Meli, Massimo Miola,
Mario Notari, Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri,
Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Paolo Pardolesi,
Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale,
Renato Rordorf, Luigi Salvato, Giuseppe Santoni,
Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi,
Federico Tassinari, Marco Tatarano, Gian Roberto Villa,
Fabrizio Volpe, Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore,
Andrea Zoppini

Redazione: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione,
Marco Nicolai

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa

del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in
abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si
intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti
entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.
Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. –
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri

arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n.
196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati
nel data base informatico del titolare del trattamento
Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da
enti e società esterne ad essa collegati, nonché da sog-
getti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per
l'invio di materiale amministrativo-contabile, com-
merciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto
di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi
dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi pre-
visti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Edi-
tore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri",
"Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi
delle professioni" sono assoggettati alla procedura di refe-
raggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in
questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazio-
ne, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo
con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizio-
ne alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contri-
buto ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal
Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato
Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il
proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza
citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può
comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione
senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblica-
zione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o in-
tegrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio
di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisio-
ne finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare
fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità,
può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo
alla procedura di referaggio.

rivista di diritto privato

2017

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 1/2017

Saggi e pareri

Il diritto del consumatore all'equità contrattuale <i>di Enrico Minervini</i>	7
Anatocismo e frutti civili da Napoleone ai nostri esegeti <i>di Valerio Tavormina</i>	31
Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita <i>di Massimiliano Granieri</i>	45
I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale <i>di Giovanni Strampelli</i>	79
Invalidità degli atti giuridici privati e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto <i>di Mario Talani</i>	103
Principio di maggioranza e tutela del dissenziente <i>di Maria Barela</i>	121
Contratti finanziari e contratti energetici: nuove esigenze di qualificazione e di disciplina del contratto <i>di Camilla Ferrari</i>	139



Saggi e pareri



Il diritto del consumatore all'equità contrattuale*

di Enrico Minervini**

SOMMARIO: 1. Scopo e delimitazione dell'indagine. – 2. Polisemia del termine equità. – 3. Equità e parità di trattamento. – 4. Equità ed equilibrio economico. – 5. (segue): estensione del controllo giudiziale. – 6. (segue): nullità, correzione, risarcimento del danno. – 7. (segue): considerazioni critiche. – 8. Equità ed equilibrio normativo. – 9. Equità e trattativa individuale.

1. L'art. 1, comma 2, della legge 30 luglio 1998, n. 281, recante la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, detta un elenco di diritti degli stessi riconosciuti come fondamentali. Tra tali diritti fondamentali, spicca in materia contrattuale quello, di cui alla lettera e), «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi». La norma viene inserita nel codice del consumo nell'art. 2, comma 2, lettera e), con una piccola modifica, e cioè con l'eliminazione delle parole «concernenti beni e servizi»: e ciò «al fine di ampliare la originaria portata della normativa e conferirle un valore generale»¹. Pertanto, l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons. riconosce ai consumatori ed agli utenti² come fondamentale il diritto «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali».

* Ho svolto il lavoro nell'ambito del progetto di ricerca, promosso dalla Università della Campania Luigi Vanvitelli (già Seconda Università di Napoli) e coordinato da Giovanni Perlingieri, su «L'operatività dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza»; e lo ho presentato, in una prima versione, all'incontro di studi, organizzato dall'Associazione Dottorati di Diritto Privato, su «Fonti, metodo e interpretazione», tenutosi a Napoli il 10-11 novembre 2016, incorrendo in quella sede nelle contestazioni veementi di Vito Rizzo e Mauro Pennasilico, e nelle critiche del mio Maestro Pietro Perlingieri, consacrate in un breve appunto scritto. Nel ringraziare tutti e tre per l'attenzione prestata al lavoro, ho provveduto ad ampliarlo per replicare, in maniera confido convincente, a tali contestazioni e critiche.

** Ordinario di Diritto Privato nel Dipartimento di Giurisprudenza della Università della Campania Luigi Vanvitelli (già Seconda Università di Napoli).

¹ Così, G. VETTORI, *Art. 2*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2009, p. 13, che ricorda come una analoga modifica ebbe a subire il previgente art. 1469-bis, comma 1, c.c. In senso conforme, vedi S. BENUCCI, *Art. 2*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo*, Padova, 2007, p. 34 s.; G. CHINE', *Art. 2*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, 4ª ed., Milano, 2015, p. 14. *Contra*, però, F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *Contr.*, 2007, p. 907, ad avviso del quale «l'innovazione sembra avere una portata più formale che sostanziale, che la relega di fatto ad una modifica di mero stile, essendo ben difficile che nella prassi commerciale un rapporto contrattuale tra professionista e consumatore possa avere un oggetto diverso rispetto a beni o servizi».

² Nel prosieguo di questo saggio, per ragioni di brevità, si parlerà sempre e soltanto di consumatori, e si ometterà ogni riferimento agli utenti.

Si tratta di una statuizione imprecisa ed infelice³, piuttosto vaga⁴, sicchè «l'analisi del contenuto del diritto alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali non è affatto semplice»⁵.

L'interprete si trova di fronte ad un autentico dilemma: il legislatore intende dettare una previsione meramente ricognitiva e/o riassuntiva di diritti – alla correttezza, alla trasparenza, all'equità – che già ricevono altrove protezione, o invece una statuizione innovativa della realtà giuridica preesistente? Nella prima ipotesi, il rischio è che la norma si riveli un inutile doppione di diritti altrove riconosciuti dalla legge; nella seconda ipotesi, il rischio è che la norma, priva di un contenuto determinato, provochi un ridimensionamento della certezza del diritto⁶: e «l'intonazione esortativa della disposizione rende assai arduo individuare univocamente il suo contenuto precettivo»⁷.

In altre parole, compete all'interprete di stabilire in quale rapporto la disciplina dell'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., e già dell'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, si ponga rispetto agli altri interventi legislativi a tutela del consumatore, ed in particolare rispetto agli articoli 33 ss. c. cons., e già degli articoli 1469-*bis* ss. c.c.

Siffatta indagine va condotta dall'interprete nella consapevolezza che l'art. 2, comma 2, c. cons. (e già l'art. 1, comma 2, della legge n. 281 del 1998), non può essere sbrigativamente svilito e degradato al rango di una disposizione meramente programmatica⁸, anche alla luce del disposto dell'art. 143, comma 1, c. cons.⁹, fer-

³ F. BILOTTA, *La «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»: prime note*, in AA. Vv., *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998, p. 67.

⁴ E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 380; IDEM, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 50.

⁵ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 28.

⁶ Cfr. sul punto R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 999; S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., pp. 126, 135; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 35.

⁷ P. SIRENA, *Il giudizio di abusività delle clausole c.d. economiche*, in G. ALPA e V. LEVI (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001, p. 337.

⁸ G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 999; IDEM, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1316; IDEM, *Art. 1*, in G. ALPA e V. LEVI (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 18; IDEM, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 595; R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 70; F. CAMILLETTO, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 910; F. CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore quale contraente per definizione debole*, in IDEM (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2007, p. 39; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 161. Diversamente, però, R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 731, che parla dell'«illusione ingenerata con il riconoscimento dei diritti fondamentali del consumatore» (e vedi anche p. 740).

⁹ Sul collegamento tra gli articoli 2, comma 2, e 143, comma 1, c. cons. vedi G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del codice del consumo: profili problematici*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, p. 47, secondo cui «proprio l'imprescindibile necessità di coordinare quest'ultima disposizione [l'art. 2, comma 2, c. cons.] con la previsione del comma 1 dell'art. 143 c. cons. potrebbe fornire un più solido fondamento

ma restando l'improprietà della qualificazione dei diritti ivi previsti in termini di diritti «fondamentali» del consumatore¹⁰.

In questa sede, peraltro, si intende concentrare l'attenzione sul solo diritto del consumatore all'equità contrattuale, che ha immediatamente catturato l'attenzione degli studiosi, orientati invece a riconoscere la portata ricognitiva ovvero riassuntiva ovvero non innovativa dell'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., e già dell'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, per quanto concerne tanto il diritto alla correttezza quanto il diritto alla trasparenza nei rapporti contrattuali, che «trovano già compiuto svolgimento nel sistema dei contratti del consumatore»¹¹: «se l'espressione correttezza esprime un principio generali interno già informante l'intera materia delle obbligazioni [e del contratto]; se la trasparenza è nozione criterio già in più luoghi utilizzato dal legislatore interno e comunitario, la vera novità è rappresentata dall'esplicito richiamo all'equità»¹². E la difficoltà del compito che ci si ac-

a sostegno della qualificazione dei diritti fondamentali dei consumatori in termini di diritti soggettivi di natura (non soltanto collettiva, ma anche) individuale, consentendo di pervenire ad esiti che sicuramente non sarebbero stati prospettabili all'epoca della vigenza della legge n. 281 del 1998»; M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, p. 186; A. BARBA, *Art. 143*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, cit., p. 1039 s.; F. CAMILLETI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 910; G. VETTORI, *Art. 2*, cit., p. 15; IDEM, *I diritti dei consumatori (art. 2)*, in IDEM (a cura di), *Contratto e responsabilità*, I, Padova, 2013, p. 55; L. ROSSI CARLEO, *I diritti fondamentali dei consumatori*, in EADEM (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 28 (da qui ogni ulteriore citazione; pubblicato anche in *Conc. merc.*, 2015, p. 183 ss.); F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009, p. 143 s. In termini non del tutto coincidenti vedi però S. MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contr.*, 2007, p. 697 ss.

¹⁰ Cfr. G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, cit., p. 999; IDEM, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, cit., p. 1315 s.; IDEM, *Art. 1*, cit., p. 17 s.; IDEM, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 595; R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, cit., p. 68 ss.; F. CAMILLETI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 909 s.; S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 122 ss.; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 25 ss.; G. VETTORI, *Art. 2*, cit., p. 10 ss.; L. ROSSI CARLEO, *i diritti fondamentali dei consumatori*, cit., p. 25 ss.; A. M. MANCALEONI, *Art. 2*, in G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2^a ed., Padova, 2013, p. 55 ss.

¹¹ G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, cit., p. 999; IDEM, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, cit., p. 1315; IDEM, *Art. 1*, cit., p. 16 s.; IDEM, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 593; S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 135 ss.; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 35 ss.; G. VETTORI, *Art. 2*, cit., p. 14; IDEM, *I diritti dei consumatori (art. 2)*, cit., p. 53 s.; R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, cit., p. 90 ss.; M. DONA, *Il codice del consumo, Regole e significati*, Torino, 2005, p. 27; F. CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore*, cit., p. 43 s.; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 38 nt. 84 (del quale sono le parole riportate nel testo tra virgolette); IDEM, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 32 nt. 58.

¹² Così, F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 88. Vedi anche C. CIRAOLO, *Il contratto del consumatore*, I, *Il profilo dello status e dei diritti fondamentali*, Messina, 2000, p. 60 s., secondo la quale «la situazione giuridica più nuova e per certi aspetti più problematica è il diritto all'equità». Con riferimento al diritto alla correttezza ed alla trasparenza, discorre di «una formula declamatoria di scarsa rilevanza pratica, caratterizzata – oltre tutto – dalla ripetizione, a tal punto inutile sul

cinge a svolgere è rappresentata plasticamente dalla qualificazione del diritto all'equità nei rapporti contrattuali come «lemma declamatorio, classificabile tra gli infortuni linguistici di un legislatore che ha perduto il rigore tecnico di un tempo», caratterizzato dalla «opaca valenza polisemantica»¹³: si è «di fronte ad un valore di portata espressamente ampia che per sua natura sconfinava nell'ambiguità»¹⁴.

Prima di procedere all'indagine, siano consentite due considerazioni di ordine preliminare.

La prima: al diritto del consumatore all'equità contrattuale sembra riservato un singolare destino nella dottrina, in quanto accade sovente di ritrovarlo in trattazioni lontane dal tema specifico, piuttosto che come oggetto di puntuale ricostruzione della disciplina dettata dalla legge n. 281 del 1998 prima, e dal codice del consumo poi¹⁵. E così, del diritto del consumatore all'equità contrattuale si parla, talora in maniera puntuale ed approfondita, in studi in materia di diritto europeo o comunitario dei contratti, di contratto in generale, di contratti c.dd. asimmetrici, di giustizia contrattuale, di abuso del diritto, di abuso di dipendenza economica, di abuso della libertà o dell'autonomia contrattuale, di principio di proporzionalità, di contratti c.dd. a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza, di causa, di interpretazione, di buona fede, di integrazione, di nullità, di rescissione, ecc., laddove un numero esiguo di contributi è dedicato specificamente all'esegesi ed all'analisi della disposizione che tale diritto riconosce al consumatore¹⁶.

La seconda considerazione: sul diritto del consumatore all'equità contrattuale l'autore di queste pagine si è soffermato in molti scritti, sparsi nel tempo, che ha avuto occasione di rileggere per scrivere questo saggio, che recupera spunti contenuti in tali scritti¹⁷. Orbene, pur a distanza di quasi venti anni dal primo di essi, non si

piano normativo da poter essere qualificata quasi soltanto come un semplice esorcismo, di regole di comportamento (la correttezza, la trasparenza) già altrove sancite», C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 147 s.

¹³ Così, S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in A. BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, pp. 310, 315 (e vedi anche p. 297). Di «generica dichiarazione d'intenti» parla R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, Padova, 2005, p. 104 nt. 117.

¹⁴ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 138; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 37. *Contra*, D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1097, secondo cui «l'apparente genericità dell'affermazione di principio nasconde in verità una precisa regola, coerente con i principi ispiratori del rinnovato diritto contrattuale».

¹⁵ Si parafrasa liberamente quanto scritto in tema di penale da P. RESCIGNO, *Presentazione*, in A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. XI.

¹⁶ Per verificare la fondatezza di quanto sostenuto nel testo vedi le note che corredano questo saggio.

¹⁷ E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998, n. 281*, in *Contr.*, 1999, p. 939 s.; IDEM, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in E. GABRIELLI ed E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti* Rescigno e Gabrielli, *, Torino, 2005, p. 483 ss.; IDEM, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto* Roppo, IV, *Rimedi*, 1, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 561 ss.; IDEM, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 1ª ed., 2006, p. 70 ss.; 2ª ed., 2010, p. 76 ss.; 3ª ed., 2014, p. 78 ss. Tali lavori non verranno citati nel prosieguo di questo saggio.

ritiene «di dover indulgere alla civetteria del ripudio»¹⁸: si crede infatti che le conclusioni alle quali l'autore è in passato pervenuto resistano, nei loro termini essenziali, al succedersi delle argomentazioni e delle osservazioni critiche contenute nella massa di contributi che trattano, più o meno approfonditamente, del tema.

2. L'indagine sul diritto del consumatore all'equità contrattuale può prendere le mosse da un punto fermo. Tale delicato tema non può essere risolto sulla base della mera interpretazione letterale della norma [l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., e già l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998], ma va affrontato sistematicamente, e cioè operando un (tentativo di) «ancoraggio» della norma al sistema¹⁹. Infatti, i diritti fondamentali riconosciuti al consumatore rappresentano una sintesi di regole e principi fissati dal codice del consumo o contenuti in diversi contesti normativi²⁰; in altre parole, l'enunciazione dei diritti fondamentali richiama tutte le norme del codice del consumo, nei loro multiformi aspetti di tutela del consumatore, e detta le linee guida delle disposizioni successive contenute in tale codice²¹. Ed allora, per «materializzare» il diritto del consumatore all'equità contrattuale, l'interprete non può e non deve prescindere dall'articolato e complesso *corpus* di norme contenute nel codice del consumo, e nel caso in cui esse siano insufficienti ed inadeguate a garantire la piena identificazione di questo valore può ricercare in altri contesti normativi ricorrendo, se del caso, all'analogia²². Naturalmente, il diritto del consumatore all'equità contrattuale, come tutti gli altri diritti fondamentali riconosciuti al consumatore, va interpretato alla luce della disciplina comunitaria (cfr. l'art. 1 c. cons., e già l'art. 1, comma 1, della legge n. 281 del 1998)²³; ed in questo senso si pronuncia talora anche la giurisprudenza²⁴.

Tanto premesso, sin dai primi lavori sul tema si disputa se il termine equità, nella sua ambigua polisemia, vada ricondotto alla parità di trattamento, o all'equilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto, o all'equilibrio normativo tra i

¹⁸ Così, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, p. 29.

¹⁹ Così, E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 380; IDEM, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 51. Sulla necessità di leggere l'art. 2, comma 2, c. cons. «in un contesto sistematico» vedi anche L. ROSSI CARLEO, *I diritti fondamentali dei consumatori*, cit., p. 28.

²⁰ V.M. CESARO, *Il diritto dei consumatori alla trasparenza contrattuale*, in P. POLLICE (a cura di), *Liber amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, p. 141.

²¹ A. CATELANI, *Art. 2*, in AA.VV., *Codice del consumo*, Milano, 2006, p. 21 s.

²² Così, con riferimento alla trasparenza contrattuale, V.M. CESARO, *Il diritto dei consumatori alla trasparenza contrattuale*, cit., p. 142.

²³ G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, cit., p. 998; IDEM, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, cit., 1314 s.; IDEM, *Art. 1*, cit., pp. 15 e 17; IDEM, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 594; C. BELLÌ, *Art. 1-2*, in E.M. TRIPODI e C. BELLÌ, *Codice del consumo*, Santarcangelo di Romagna, 2006, p. 91.

²⁴ Trib. Milano, 21 dicembre 2009, ord., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 726, nella motivazione, con nota di G. GABASSI, *L'inibitoria d'urgenza ex art. 140, comma 8°, cod. cons.: quale diritto? Quale tutela?*; Trib. Biella, 7 luglio 2015, ord., in *Giur. it.*, 2015, p. 2150, nella motivazione, con nota di B. PETRAZZINI, *Le clausole anatocistiche nei contratti bancari e il nuovo art. 120, 2° comma, t.u.b.*

diritti e gli obblighi derivanti dal contratto²⁵: il disaccordo regna sovrano in dottrina. Dal canto suo, la giurisprudenza, a fronte delle profonde divisioni che percorrono la dottrina, fa un uso quanto mai parco del diritto del consumatore all'equità contrattuale: le sentenze (edite) che si occupano (approfonditamente) del tema si possono contare sulle dita delle mani²⁶.

Superfluo aggiungere che la possibilità di distinguere sul piano teorico e su quello pratico, sempre e comunque, squilibrio economico e squilibrio normativo, è disputata, alla luce delle interferenze e delle contaminazioni sussistenti tra gli stessi²⁷.

In estrema sintesi, se è vero che è vessatoria la clausola che determina un significativo squilibrio normativo, e non economico, è altrettanto vero che dell'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi (e quindi dell'equilibrio o dello squilibrio economico) l'interprete può e deve tener conto nella valutazione della significatività dello squilibrio normativo: diversamente opinando, non si comprenderebbe più in base a quali elementi si potrebbe accertare la sussistenza di un significativo squilibrio. Infatti, sarebbe assurdo escludere dal quadro valutativo della vessatorietà di una clausola il corrispettivo, laddove è noto che ciò che è abusivo ad un prezzo può essere perfettamente equo ad un altro.

Ancora, qualunque clausola, che disciplina i diritti e gli obblighi delle parti, può avere una ripercussione, ora mediata ora immediata, sul profilo economico del contratto: lo squilibrio normativo si può tradurre in uno squilibrio economico.

Per di più, la valutazione della vessatorietà della clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Pertanto, qualora tali elementi non siano individuati in modo chiaro e comprensibile, assume immediata rilevanza anche lo squilibrio economico, e non normativo: si vuole tutelare così il consumatore che non si sia accorto, al momento della stipulazione, delle effettive difficoltà o della reale dimensione della prestazione, e quindi dell'effettivo onere che la sottoscrizione del contratto comporta.

Infine, lo squilibrio economico, di per sé insindacabile alla luce delle norme di protezione del consumatore, acquista talora diretta rilevanza: così, nell'elenco di clausole che si presumono vessatorie, si parla di risarcimento, di clausola penale o di altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo, e di prezzo finale eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto.

Nonostante le interferenze e le contaminazioni tra equilibrio economico ed equilibrio normativo appena segnalate, il legislatore, comunitario prima ed italiano poi,

²⁵ Cfr., tra i primi commenti, G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, cit., p. 999; IDEM, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, cit., p. 1315; IDEM, *Art. 1*, cit., p. 17; S. MAZZAMUTO e A. PLAIA, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/CE*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 670; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., p. 999 s.

²⁶ Per ogni citazione giurisprudenziale si rinvia alle note che seguono.

²⁷ Il problema è ben noto: il che dispensa da ogni citazione.

mostra di credere alla distinzione in parola, e la mette da parte e la supera decisamente, oltre che nelle ipotesi, tutto sommato marginali, del risarcimento e della clausola penale di importo manifestamente eccessivo, e del prezzo finale eccessivamente elevato [cfr. le lettere e) ed l) dell'elenco delle clausole che possono essere dichiarate abusive, di cui all'allegato alla direttiva 93/13/CEE; l'art. 1469-*bis*, comma 3, nn. 6) e 13), c.c.; l'art. 33, comma 2, lettera f) ed o), c. cons.], solamente qualora faccia difetto la trasparenza, consentendo così al giudice di valutare l'adeguatezza del corrispettivo (cfr. l'art. 4, § 2, della direttiva 93/13/CEE; l'art. 1469-*bis*, comma 2, c.c.; l'art. 34, comma 2, c. cons.).

Ai sensi dell'art. 8 della direttiva 93/13/CEE, gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla direttiva stessa, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore: pertanto, gli Stati membri possono consentire al giudice di sindacare la congruità dello scambio, l'equivalenza tra le prestazioni, e quindi l'equilibrio economico. Del resto, l'art. 32 della direttiva 2011/83/UE inserisce nel corpo della direttiva 93/13/CEE l'art. 8-*bis*, ai sensi del quale quando uno Stato membro adotta disposizioni conformemente all'art. 8 della direttiva da ultimo citata, ne informa la Commissione, così come di qualsiasi successiva modifica, in particolare qualora tali disposizioni estendano la valutazione di abusività all'adeguatezza del prezzo o della remunerazione²⁸.

Naturalmente, non si può escludere che in futuro il legislatore comunitario, e sulle sue orme quello italiano, possa cambiare impostazione, e mettere da parte la distinzione tra equilibrio economico ed equilibrio normativo: ma ad oggi siffatto cambiamento non ha avuto luogo (a tutto voler concedere, se ne avvertono talune timide avvisaglie: si pensi, ad esempio, alla Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita)²⁹.

Alla luce di quanto sin qui rilevato, appare aprioristica la tesi di chi sostiene che «se equità contrattuale è sinonimo di attenzione dell'ordinamento agli interessi di entrambe le parti, non ha alcun pregio discutere se, nell'ambito dei diritti del consumatore (...) il riferimento all'equità debba intendersi fatto all'equilibrio normativo ovvero a quello economico»³⁰, ovvero che il diritto all'equità contrattuale segnerebbe il «superamento» dell'alternativa tra equilibrio normativo ed equilibrio economico³¹. Così argomentando, si mette il carro davanti ai buoi, e cioè si trasforma quella che potrebbe essere la conclusione dell'indagine – ove si ritenesse, al ter-

²⁸ A quanto consta, l'Italia non ha comunicato alcunché alla Commissione.

²⁹ Per un quadro aggiornato delle iniziative comunitarie in materia, cfr. M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 324 ss. (ed ivi anche riferimenti alla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia).

³⁰ F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, Padova, 2010, p. 84.

³¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 161.

mine della stessa, che l'equità vada ricondotta all'equilibrio economico, ovvero anche all'equilibrio economico, il consumatore sarebbe protetto dall'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., per quanto concerne lo squilibrio economico, e dagli articoli 33 ss. c. cons., per quanto concerne lo squilibrio normativo, con conseguente superamento della distinzione in parola – nella premessa dell'indagine stessa.

Si può procedere allora alla ricostruzione critica delle varie tesi prospettate in dottrina, taluna delle quali ha avuto qualche seguito in giurisprudenza, in merito al diritto del consumatore all'equità contrattuale.

3. L'indagine può iniziare dall'equità intesa come parità di trattamento³². Si sostiene infatti che il legislatore «con il termine equità richiama la parità di trattamento in considerazione delle situazioni concrete e specifiche, con particolare ed implicito riferimento alla situazione di debolezza che caratterizza la posizione del consumatore», segnandosi così «un grosso passo avanti (...) verso l'assicurazione di un equilibrio sostanziale tra le prestazioni dedotte in contratto»³³.

Questa tesi non ha incontrato i favori nè della dottrina nè della giurisprudenza (almeno, di quella edita); quest'ultima, anzi, la ha ignorata. A parte la forzatura interpretativa che tale tesi opera, in quanto parità di trattamento ed equità sono nozioni ben distanti tra loro, la prima non è uno strumento per realizzare la seconda, intesa come equilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto. Infatti, il giudice sindacava il prezzo o il corrispettivo, e lo determina, non perchè incongruo nel rapporto con il bene o il servizio, ma in quanto lesivo della parità di trattamento tra i consumatori: e ciò garantisce non l'equità dei rapporti tra professionisti e consumatori, ma l'uniformità degli stessi³⁴. Non senza aggiungere che la parità di trattamento postula l'esistenza di situazioni oggettivamente identiche tra i consumatori: il che appare tutto da dimostrare.

Concludendo sul punto, l'estensione indiscriminata della regola della parità di trattamento all'intero settore dei contratti del consumatore è da escludere³⁵; in ogni caso, siffatta estensione non è idonea a raggiungere l'obiettivo che vorrebbe conseguire, e cioè l'equilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto.

4. L'opinione prevalente in dottrina, e che ha un certo seguito anche in giurisprudenza, intende l'equità come equilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto. L'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed ora l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., non menzionano «alcuna limitazione», e si riferiscono

³² Ipotizzano siffatta interpretazione del termine equità G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, cit., p. 999; IDEM, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, cit., p. 1315; IDEM, *Art. 1*, cit., p. 17; IDEM, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 593; M. DONA, *Il codice del consumo*, cit., p. 28; G. CHINE', *Art. 2*, cit., p. 14.

³³ Così, R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, cit., p. 92, seguiti da F. CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore*, cit., p. 44.

³⁴ S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., p. 356.

³⁵ S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., p. 358.

quindi «al corrispettivo dei beni o dei servizi acquistati»³⁶; tali norme elidono il principio enunciato nell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora nell'art. 34, comma 2, c. cons. (nella parte in cui prevedono che la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene «all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi», purchè tale elemento sia individuato in maniera chiara e comprensibile), ne superano il disposto, introducendo «un presidio giudiziario anche in ordine alle scelte di convenienza, fino ad ora rimesse acriticamente alle valutazioni delle parti»³⁷, e determinando così il «tramonto» del principio di autonomia privata, in quanto il giudice può «ingerirsi» nel contratto³⁸: «se in passato la valutazione della convenienza e della congruità del contratto, sotto il profilo economico, era ritenuta una considerazione soggettiva, rimessa esclusivamente alle parti in omaggio al principio dell'intangibilità dell'autonomia contrattuale, è proprio per riaffermare l'intangibilità di questo principio che ora si consente al giudice un controllo»³⁹. Insomma, l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed ora l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., determinano «l'implicita abrogazione della regola» enunciata nell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora nell'art. 34, comma 2, c. cons., o quanto meno «il superamento interpretativo» della stessa⁴⁰. Pertanto, il contratto del consumatore deve essere informato ad un principio di giustizia nella determinazione dell'equilibrio dello scambio⁴¹; l'equità deve intendersi come principio di giustizia contrattuale, estendendo così il presidio dell'adeguatezza economica dello scambio⁴²; il diritto all'equità «individua una pretesa ad una valutazione che superi la mera legalità quando essa sembri espellere dal proprio seno la giustizia»⁴³. Concludendo sul punto, «le qualità soggettive di uno dei contraenti (il consumatore) ne giustificano il diritto al contrat-

³⁶ L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 274.

³⁷ R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, cit., pp. 92 e 94, seguiti da F. CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore*, cit., p. 44 s. Vedi anche C. PONCIBO', *Il consumatore e la violazione della normativa antitrust*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 506.

³⁸ F. BILOTTA, *La «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»*, cit., p. 67. Di «deroga» al principio dell'autonomia contrattuale parla invece F. CAMILLETI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 908.

³⁹ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 144; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 41 nt. 54.

⁴⁰ D. MANTUCCI, *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2004, pp. 93, 109.

⁴¹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 127. Vedi anche IDEM, *Congruietà dello scambio e contratti di credito (ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto)*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 440, testo e nt. 9; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust*, cit., p. 141 ss.

⁴² M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 582 s. Di «pregnante difesa di esigenze di giustizia economica» parla Giud. di pace Milano, 2 gennaio 2004, in *Giudice di pace*, 2004, p. 313, nella motivazione, con nota di M.M. GAETANI, *Azioni individuali contro le compagnie di assicurazione sanzionate dall'Antitrust per intese anticoncorrenziali*.

⁴³ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 29 s., seguito da S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 140; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 39 nt. 43.

to c.d. equo, superando (...) l'indifferenza dell'ordinamento rispetto alla adeguatezza, congruità, equilibrio delle prestazioni»⁴⁴.

Il quadro dottrinale e giurisprudenziale è peraltro molto più articolato di quanto potrebbe apparire dalle considerazioni sinora svolte, essendo dibattuto, in estrema sintesi, se alla valutazione giudiziale dell'adeguatezza economica e della congruità del corrispettivo si possa e si debba giungere (oltre che, naturalmente, nel caso di intrasparenza del corrispettivo stesso, ai sensi dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora dell'art. 34, comma 2, c. cons., anche) in ogni ipotesi di contratto del consumatore, ovvero soltanto in date ipotesi, ed in questa seconda evenienza in quali⁴⁵; ancora, è discusso quali siano i rimedi esperibili qualora non risulti congruo o adeguato il corrispettivo (limitando il discorso alla tutela individuale del consumatore, con esclusione di quella collettiva, nullità, di protezione o no, della clausola, o addirittura nullità dell'intero contratto; correzione della clausola, e cioè riduzione ad equità del corrispettivo; risarcimento del danno)⁴⁶, e come gli stessi si coordinino sul piano sistematico con l'istituto dell'integrazione contrattuale, di cui all'art. 1374 c.c.⁴⁷.

5. In ordine all'estensione della valutazione giudiziale dell'adeguatezza economica e della congruità del corrispettivo, vi sono studiosi che si liberano agevolmente del problema, e cioè che non ritengono necessario operare alcun distinguo all'interno della categoria dei contratti del consumatore⁴⁸; ovvero che approfondiscono il problema, e danno allo stesso una risposta che assoggetta al controllo ogni ipotesi di

⁴⁴ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 389, seguito da F. PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di V.E. Cantelmo*, Napoli, 2003, p. 576 nt. 21.

⁴⁵ Tra i primi scrittori a porre il problema vedi S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 142 s.; E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 385.

⁴⁶ Evidenzia il problema, tra gli altri, A.M. MANCALEONI, *Art. 2*, cit., p. 55. Sottolinea che «il vero nodo che ogni discorso intorno alla dibattuta questione della giustizia contrattuale è chiamato ad affrontare» è «che l'ordinamento giuridico in questi casi enuncia, sì, ai fini della conformazione del regolamento, il valore di azione da perseguire (l'equità), ma non indica nel contempo né il contenuto né la modalità realizzativa del valore», V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo. II, Proprietà obbligazioni contratti*, Milano, 2007, p. 483.

⁴⁷ Vedi E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto* Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, cit., p. 406 s.; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 83 s.

⁴⁸ R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, cit., p. 92 ss.; F. CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore*, cit., p. 44 s.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 646 ss.; IDEM, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità*, cit., p. 576 nt. 21; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 351 s.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 225 s.; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 175 ss.; C. PONCIBO', *Il consumatore*, cit., p. 506.

contratto del consumatore, sostenendo che «è la semplice lesione» del diritto all'equità contrattuale «ad offrire al consumatore la possibilità di agire giudizialmente, anche eventualmente a prescindere dall'esistenza di fattori esterni – tra cui può essere pure l'artificiosa alterazione della struttura concorrenziale del mercato – condizionanti l'esercizio della sua libertà», in quanto l'equità rappresenta «il criterio legittimante l'azione normativa di chi agisce nel mercato e al mercato si rivolge», e quindi il «valore sovraordinato a quello espresso dalla regola negoziale»⁴⁹. Insomma, «ogni qual volta è presente uno squilibrio economico appare congruo il richiamo all'intervento integrativo del giudice»⁵⁰.

All'estremo opposto, si collocano quegli autori che sostengono che la valutazione giudiziale dell'adeguatezza economica e della congruità del corrispettivo sia consentita soltanto in talune ipotesi, variamente individuate e delimitate.

E così, vi è chi sostiene che «non è rilevante lo squilibrio tra contraenti in sé – che oltre ad essere lecito è anche un elemento pressochè ineliminabile (...) – ma rileva quello squilibrio che sia sintomo di una diversa ed ulteriore anomalia del contratto, ovvero sia frutto di un abuso o di un contegno in mala fede», sicchè l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed oggi l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., consentono al giudice «di sindacare il contenuto di un contratto squilibrato, non al fine di garantire uno scambio che assicuri la perequazione dei patrimoni coinvolti, ma allo scopo di reagire ed offrire effettiva tutela innanzi a turbative o pregiudizi della libertà decisionale che non consentono una formazione regolare del contratto»⁵¹.

Altri afferma che «alla valutazione dell'inadeguatezza economica dello scambio dovrebbe potersi giungere, nel caso dei consumatori – a parte il caso della intrasparenza delle clausole – nella medesima fattispecie prevista dalla legge sulla subfornitura [art. 9, comma 1, della legge 18 giugno 1998, n. 192] e cioè quando in presenza di una posizione in senso lato monopolistica dell'imprenditore sia difficile al consumatore reperire sul mercato alternative soddisfacenti», dovendosi ritenere che in questo senso l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed ora l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., trovino la loro «più adeguata concretizzazione»⁵². In un'ottica prossima a quella testè illustrata,

⁴⁹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 128 s., seguito da C. CIRAIOLO, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 61 nt. 27. Dell'equità come «nuovo requisito di liceità del contratto imposto» parla D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., p. 1096 (e vedi anche p. 1100).

⁵⁰ P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, Torino, 2015, p. 235.

⁵¹ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 142 s.; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 41 s. L'autrice ripercorre le orme di G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 37, che ha successivamente sviluppato il suo pensiero: cfr. IDEM, *Art. 2*, cit., p. 14; IDEM, *I diritti dei consumatori (art. 2)*, cit., p. 54; IDEM, *Squilibrio e usura nei contratti*, in IDEM (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 2. Nel senso che «l'equità può forse valere a garantire una libertà di scelta e di decisione rispettosa anche della dignità della persona nella misura in cui soggetti meno accorti o meno esperti vengono messi al riparo dal rischio di prestazioni non commisurate alle concrete valutazioni di mercato» si esprime C. CIRAIOLO, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 66.

⁵² Così, E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 385 s.; IDEM, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 52 s. Vedi anche IDEM, *L'abuso di dipendenza economica*.

altri sostiene che l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 non si può direttamente applicare ai contratti stipulati dall'impresa dominante con il consumatore, ma per tali situazioni si può prospettare un'estensione o un'applicazione analogica della disposizione: analogia comunque «non facile», in quanto uno stato di necessità economica del consumatore si può prospettare di rado, quasi esclusivamente con riguardo a servizi pubblici essenziali, per i quali esistono disposizioni speciali di tutela dell'utente⁵³. Altri ancora ritiene che, ove non si accogliesse la tesi secondo la quale il contratto del consumatore concluso a condizioni economiche inique sia suscettibile di essere ricondotto ad equità in virtù dell'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed ora dell'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., si potrebbe fare ricorso all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, in quanto suscettibile di applicazione generalizzata a tutti i contratti, e quindi anche ai contratti del consumatore: poiché la norma da ultimo citata intende tutelare l'imprenditore che sia parte debole del contratto, il principio di eguaglianza impone di estendere tale tutela a tutte le ipotesi in cui una parte versi nelle medesime condizioni di debolezza, pur senza essere un imprenditore⁵⁴. Insomma, «l'abuso di dipendenza economica costituisce la breccia attraverso cui la regola di correttezza si traduce in principio generale di giustizia contrattuale nei casi di squilibrio di posizioni soprattutto economiche tra le parti»⁵⁵.

Vi è poi chi sostiene che l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed ora l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., consentono «di sindacare lo squilibrio sinallagmatico che svantaggi il consumatore proprio nei casi in cui la regola esclusiva della rilevanza dell'iniquinà economica, ravvisata nell'art. 1469-ter, comma 2, c.c. [ed ora nell'art. 34, comma 2, c. cons.], non opera, cioè nei casi disfunzionali del mercato, quando in sostanza il consumatore non può accedere ad una diversa offerta sicché subisce, impotente, l'abuso del professionista»: insomma, «l'esclusione del sindacato sull'equilibrio economico contrattuale si giustifica sul presupposto dell'operatività della concorrenza»⁵⁶.

Oltre la subfornitura, in *Conc. merc.*, 2012, p. 646 s. (in questo scritto, l'autore ancora la difficoltà di reperire sul mercato alternative soddisfacenti alla circostanza che la relazione con il bene o il servizio cui il consumatore aspira venga in rilievo in termini di bisogno, o addirittura di vera e propria dipendenza); F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust*, cit., pp. 122 s., 145, 150. Sottolinea la «rilevanza» della tesi elaborata da Capobianco C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p. 176.

⁵³ M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 49.

⁵⁴ E' questa la tesi proposta, in via per così dire subordinata, da F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 677 ss., e specialmente p. 684.

⁵⁵ F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, cit., p. 137.

⁵⁶ Così, D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., pp. 1099 nt. 33, 1100, che argomenta sulla scorta di una interpretazione teleologica dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c. (ora, art. 34, comma 2, c. cons.), ovvero sulla scorta di un raccordo sistematico di questa norma con l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998 [ora, art. 2, comma 2, lettera e), c. cons.]. Per più ampie considerazioni al riguardo vedi anche IDEM, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, pp. 75 ss., 102 ss., 113 s., 150 ss., e *passim*. Per una lettura dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c. (ora, art. 34, comma 2, c. cons.) analoga a quella proposta da Russo vedi P. MENGOLZI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 95 ss. (il quale, peraltro, non giunge alle conclusioni formulate da Russo).

6. In merito ai rimedi esperibili qualora non risulti congruo o adeguato il corrispettivo, l'opinione forse prevalente cerca di coniugare la forza demolitrice della nullità in funzione della conformazione del regolamento contrattuale⁵⁷: alla nullità (di protezione?)⁵⁸ della clausola che determina il corrispettivo, per contrarietà a norma imperativa, ai sensi degli articoli 1418, comma 1, e 1419, comma 1, c.c. – sul punto insiste, con articolate argomentazioni, soprattutto la giurisprudenza⁵⁹ –, ovvero ai sensi dell'art. 143, comma 1, proposizione 2, c. cons.⁶⁰, fa seguito la «correzione» del contenuto del contratto da parte del giudice⁶¹, in quanto questi può «ingerirsi nel contratto modificando gli obblighi che le parti hanno l'una verso l'altra qualora il consumatore sia danneggiato dall'assetto obbligatorio autonomamente determinato»⁶². In altre parole, il giudice ridetermina il corrispettivo, essenzialmente in via di riduzione, dovendosi immaginare normalmente il consumatore nella veste di creditore del bene o del servizio⁶³, e cioè riconduce o riduce ad equità la prestazione a carico del consumatore⁶⁴: del resto, l'art. 1384 c.c. riconosce un principio di carattere generale⁶⁵.

Sul punto, appare necessario formulare due precisazioni. In primo luogo, la giurisprudenza talora parla non di nullità della clausola che determina il corrispettivo e di correzione del contenuto contrattuale da parte del giudice, ma di nullità della clausola stessa e della sua sostituzione ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c.⁶⁶, od anche di nullità non di

⁵⁷ Per questa indicazione metodologica cfr. V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, cit., p. 483 s., seguito tra gli altri da M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti, Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 392 ss.

⁵⁸ Si discute infatti se si tratti di nullità di protezione, o no: cfr. in vario senso orientati F. CAMILLETI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 916 s.; A. BARBA, *Art. 143*, cit., p. 1039; A.M. MANCALEONI, *Art. 2*, cit., p. 61; D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., p. 1103 s. (Camilletti peraltro riconnette l'equità all'equilibrio normativo, e non all'equilibrio economico; Barba e Mancaleoni non si pronunciano al riguardo).

⁵⁹ Giud. di pace Milano, 29 gennaio 2004, in *Giudice di pace*, 2004, p. 308 s.; Giud. di pace Sant'Anastasia, 12 settembre 2003, *ibidem*, p. 314 (entrambe con nota citata di M.M. GAETANI, *Azioni individuali contro le compagnie di assicurazione*); Giud. di pace Roma, 24 febbraio 2004, in *Gius.*, 2004, p. 2904. In dottrina, parla di nullità per contrarietà a norma imperativa, tra gli altri, F. CAMILLETI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 916.

⁶⁰ *Contra*, G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del codice del consumo*, cit., p. 47; M. FARNETTI, *La vessatorietà delle clausole «principali»*, cit., p. 186 s.

⁶¹ G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., pp. 2, 18; D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., p. 1103.

⁶² F. BILOTTA, *La «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»*, cit., p. 67.

⁶³ Così, A. GENTILI, *De iure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 39 (peraltro, in via ipotetica).

⁶⁴ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 648 nt. 17; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 226; C. PONCIBO', *Il consumatore*, cit., p. 506.

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 343.

⁶⁶ Giud. di pace Milano, 29 gennaio 2004, cit., p. 308 s., che oltre all'art. 1419, comma 2, c.c. richiama anche l'art. 3, comma 1, lettera b), della legge n. 281 del 1998.

tale clausola ma dell'intero contratto, cui consegue l'applicazione della disciplina dell'indebito, in quanto la violazione del diritto all'equità contrattuale determina una «disfunzione causale» del contratto⁶⁷. In secondo luogo, non mancano autori i quali ritengono che l'intervento correttivo del giudice sia alternativo, rispetto alla declaratoria di nullità della clausola che determina il corrispettivo⁶⁸.

Il fondamento giuridico del potere correttivo del giudice è disputato. Secondo i più, va rinvenuto nel disposto dell'art. 3, comma 1, lettera b), della legge n. 281 del 1998, ed ora dell'art. 140, comma 1, lettera b), c. cons., secondo cui le associazioni dei consumatori possono richiedere al giudice «di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate»: tali norme «offrono lo strumento di una più duttile ed estesa applicazione di tutti i vari mezzi, previsti dal codice civile, per il ripristino dell'equità contrattuale»⁶⁹. Il giudice ha pertanto il potere di adottare le misure idonee a correggere il contenuto dei contratti conclusi in violazione del principio di equità su domanda (non soltanto delle associazioni dei consumatori ma anche) dei singoli consumatori contraenti⁷⁰. Infatti, nell'art. 3, comma 7, della legge n. 281 del 1998, ed ora nell'art. 140, comma 9, c. cons., si statuisce che, «fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni»: orbene, «in tanto ha senso l'accento a tali istituti di diritto processuale, ed in particolare l'accento al fenomeno della litispendenza, solo se si presuppone che l'azione dell'ente esponenziale volta alla correzione del contratto lesivo

⁶⁷ Giud. di pace Roma, 24 febbraio 2004, cit., p. 2904.

⁶⁸ Vedi ad esempio E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 387, secondo cui «ci si potrebbe chiedere come il diritto all'equità, nel suo aspetto economico, possa essere fatto in concreto valere dal consumatore; (...) a modesti risultati si perverrebbe attraverso l'utilizzo della tutela invalidante (...) che, concernendo una clausola attinente a un elemento essenziale del contratto quale il corrispettivo, rischierebbe di travolgere l'intero contratto. Potrebbe ipotizzarsi il ricorso a un potere correttivo del giudice che la stessa legge (...) ammette a tutela degli interessi collettivi (...) e che quindi non dovrebbe neppure ritenersi precluso in sede di azione individuale»; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 126 nt. 105, secondo cui la legge «reagisce all'iniquinà del rapporto contrattuale (...) non comminando la nullità del rapporto ma piuttosto, sul presupposto della sua validità, riconoscendo – ai singoli come alle associazioni di categoria – il diritto di chiederne la correzione». Peraltro, occorre segnalare che non pochi scrittori non chiariscono se l'intervento correttivo del giudice sia cumulativo o alternativo, rispetto alla declaratoria di nullità della clausola determinativa del prezzo.

⁶⁹ Giud. di pace Milano, 2 gennaio 2004, cit., p. 313, nella motivazione.

⁷⁰ S. BENUCCI, *Art. 2*, cit., p. 35; E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 387; IDEM, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 409; R. LANZILLO, *Introduzione*, in R. LANZILLO e A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005, p. 41 s.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., pp. 648 nt. 17, 649 nt. 18; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p. 175 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., pp. 126 nt. 105, 127, testo e nt. 108; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust*, cit., p. 143; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 161; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 57 s. (l'autore peraltro non precisa se l'equità si connetta all'equilibrio economico o invece all'equilibrio normativo).

del diritto all'equità (...) e le possibili azioni individuali genericamente menzionate (...) siano tra loro in rapporto di assoluta identità»⁷¹.

Altri autori ricostruiscono differentemente il fondamento del potere correttivo del giudice, agganciandolo all'integrazione del contratto, come disciplinata dal codice civile: «il diritto all'equità (...) rafforza quelle disposizioni generali (art. 1374 c.c.) e speciali che attribuiscono al giudice di integrare il contenuto del contratto»⁷². Infatti, la formale enunciazione del diritto del consumatore all'equità contrattuale rappresenta quella previsione espressa di legge che attribuisce al giudice il potere di operare un'integrazione modificativa del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c., analogamente a quanto avviene in altri casi, quali gli articoli 1384 e 1526 c.c., nei quali il potere del giudice di ricondurre il contratto ad equità è espressamente previsto dalla legge⁷³.

Non manca chi ritiene che l'azione di correzione si avvii addirittura a diventare un «rimedio generale nel sistema italo-comunitario», capace di «estendersi, in modo flessibile, a tutte le ipotesi al cospetto delle quali il contratto sia inficiato da una qualche forma di eccessivo o abusivo squilibrio economico»⁷⁴.

E' agevole costatare che le posizioni sono alquanto diversificate, e talora tutt'altro che nitide, sicchè si assiste sovente ad un impiego promiscuo ed atecnico di espressioni quali equità correttiva, equità cogente, equità che assume rilievo nella ricostruzione del rapporto all'esito della «demolizione» della clausola che determina un corrispettivo non congruo, e che quindi non è né suppletiva (integrativa) né cogente, ecc.⁷⁵.

Non può destare meraviglia, allora, che siano controversi anche i parametri sulla base dei quali il giudice deve compiere la valutazione equitativa: vi è chi ritiene che la misura alla quale va ridotta la prestazione a carico del consumatore sia rappresentata dai valori di mercato⁷⁶, sulla scorta di criteri estimativi oggettivi; chi sostiene che le prestazioni vadano oggettivamente equilibrate, ancorandole al parametro delle (corrette) pratiche commer-

⁷¹ G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, cit., p. 127 nt. 108.

⁷² Così, G. VETTORI, *Art. 2*, cit., p. 15; IDEM, *I diritti dei consumatori (art. 2)*, cit., p. 54. Vedi anche F. BILOTTA, *La «disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»*, cit., p. 67; P. POLLICE, *Il contratto*, cit., p. 235; F. MACARIO, *Art. 1374*, in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO (cura di), *Dei contratti in generale, artt. 1350-1386*, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Torino, 2011, p. 719, testo e nt. 114 (in termini estremamente cauti); E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 405 ss.; C. PONCIBO', *Il consumatore*, cit., p. 506; R. CONTI, *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 L. n. 281/1998*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 397 (se ben si intende).

⁷³ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 649 nt. 18; IDEM, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità*, cit., p. 576 nt. 21; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 226.

⁷⁴ F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust*, cit., p. 144 s. Per più ampie considerazioni sull'interpretazione correttiva dei contratti cfr. M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, cit., p. 353 ss.; IDEM, *«Ménage à trois»: la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss.

⁷⁵ Tentativi accurati di offrire un quadro sistematico della complessa problematica si devono da ultimo a E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 402 ss.; F. MACARIO, *Art. 1374*, cit., p. 717 ss.

⁷⁶ D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., p. 1103 s. nt. 47.

ciali⁷⁷; chi si accontenta invece di una tendenziale proporzione tra le prestazioni⁷⁸, in quanto il consumatore ha diritto non ad un'oggettiva proporzione tra le prestazioni⁷⁹, non ad un contratto giusto o equilibrato in senso assoluto, e cioè a prescindere dal caso concreto⁸⁰, ma ad un contratto tendenzialmente giusto, essendo del resto impensabile che si possa garantire un contenuto contrattuale assolutamente equilibrato⁸¹: «il principio di proporzionalità vige nel senso non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste»⁸².

Secondo un differente orientamento dottrinale, alla violazione del diritto del consumatore all'equità contrattuale fa seguito l'affermazione di una responsabilità⁸³, e quindi il risarcimento del danno⁸⁴: «i diritti fondamentali sembrano trovare la loro naturale tutela nell'ambito dei *torts*»⁸⁵. Si sostiene così che la tutela del consumatore va «costruita» su due diversi livelli: se la violazione del diritto all'equità contrattuale determina anche un significativo squilibrio ai sensi dell'art. 33 c. cons., opera lo strumento della nullità di protezione; se viceversa tale situazione non ha luogo, opera lo strumento risarcitorio⁸⁶.

7. E' pacifico che l'indagine sul diritto del consumatore all'equità contrattuale non può accontentarsi della mera esegesi dell'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., e già dell'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, in quanto la norma va inserita nel sistema: per riempire di contenuto tale diritto l'interprete deve prendere in considerazione l'insieme delle disposizioni a tutela del consumatore, ed in primo luogo quelle portate dal codice del consumo, disposizioni che vanno interpretate alla luce della disciplina comunitaria.

⁷⁷ P. POLLICE, *Il contratto*, cit., p. 236. Di un contratto con prestazioni «oggettivamente» equilibrate parla F. PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità*, cit., p. 576 nt. 21.

⁷⁸ R. CAMERO e S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, cit., p. 94; F. CARINGELLA, *Il lungo viaggio verso la tutela del consumatore*, cit., p. 45. Di riduzione «a proporzione» parla F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust*, cit., p. 143.

⁷⁹ G. VETTORI, *Art. 2*, cit., p. 15; IDEM, *I diritti dei consumatori (art. 2)*, cit., p. 54.

⁸⁰ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 142 s.; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 40 ss.

⁸¹ F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 908.

⁸² Così, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 347, il quale precisa che l'equilibrio «non esige l'equivalenza delle prestazioni» (p. 348).

⁸³ G. VETTORI, *Art. 2*, cit., p. 15, ad avviso del quale «saranno necessarie valutazioni plurime e differenziate su ogni posizione e interesse del consumatore, la cui violazione potrà incidere, da un lato, sulla validità dell'atto di autonomia in presenza di norme espresse o di un assetto di interessi contrario ai principi di ordine pubblico e dall'altro, consentire l'affermazione di una responsabilità della controparte per la mancata osservanza dei contegni richiesti dalla legge e non conformi a buona fede, correttezza ed equità».

⁸⁴ C. CIRAIOLO, *Il contratto del consumatore*, cit., pp. 60, 62.

⁸⁵ Così, R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, p. 998 s., in termini molto cauti, che ipotizza anche il ricorso a rimedi contrattuali. Sottolinea che «la violazione della correttezza, trasparenza ed equità è, di per sè, violazione di un diritto che comporta una tutela risarcitoria» G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 29.

⁸⁶ F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 917, ad avviso del quale si tratterebbe di responsabilità precontrattuale.

Orbene, ai sensi dell'art. 4, § 2, della direttiva 93/13/CEE, la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte «sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro», purchè tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile; ai sensi dell'art. 34, comma 2, c. cons., e già dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene «all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi», purchè tale elemento sia individuato in maniera chiara e comprensibile. Insomma, il legislatore, comunitario prima ed italiano poi, non intende sindacare la congruità dello scambio, la convenienza dell'affare, l'equivalenza economica tra le prestazioni, nè vuole governare l'economia tramite il controllo dei prezzi⁸⁷.

L'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che intende l'equità come equilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto confligge frontalmente ed apertamente con le scelte operate dal legislatore comunitario, e sulle sue orme dal legislatore italiano in sede di recepimento della direttiva 93/13/CEE: ma vi è da credere che, se il patrio legislatore avesse voluto perseguire siffatto obiettivo, avrebbe avuto cura di statuirlo espressamente, e di ciò sarebbe rimasta traccia quanto meno nei lavori preparatori della legge n. 281 del 1998 e/o del codice del consumo, che invece tacciono completamente in proposito.

Non sembra, peraltro, che una norma di legge, quale l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998 prima, e l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons. poi, così ambigua ed equivoca, possa da sola portare al superamento di uno dei capisaldi della direttiva 93/13/CEE, consacrato nell'art. 1469-ter, comma 2, c.c. prima, e nell'art. 34, comma 2, c. cons. poi, facendo «tremare le colonne sorreggenti l'autonomia privata secondo cui la determinazione del prezzo è cosa delle parti», in un'ottica di «paternalismo giuridico»⁸⁸: ne «verrebbe travolto tutto il nostro sistema», in quanto «quasi nessun contratto di consumo sarebbe al riparo da azioni correttive dei consumatori»⁸⁹. Del resto, «una norma che autorizzasse un sindacato giudiziale sull'equità dello scambio costituirebbe un attentato alla libera circolazione dei beni, assicurando delle impugnative dettate da un puro calcolo di convenienza economica», ed esprimerebbe «una logica antinamica a quella dell'autonomia privata»⁹⁰; minerebbe «la fiducia nella stabilità complessiva dei traffici»⁹¹; «premerebbe l'inerzia del consumatore nella ricerca delle possibili alternative di mercato in contrasto

⁸⁷ Notazioni diffuse: superflua pertanto qualsiasi citazione.

⁸⁸ R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., p. 104 nt. 117. Vedi anche IDEM, *L'equità nel diritto civile*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Camerino*, 2012, p. 366, che lamenta l'«imperium paterno di alcuni giudici». Di «valenza tendenzialmente paternalistica» che si verrebbe a riconoscere alla legislazione consumeristica parla S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., p. 353.

⁸⁹ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 141 nt. 67. Vedi anche EADEM, *Art. 2*, cit., p. 40 nt. 50; e già G. DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *Contr.*, 1998, p. 546.

⁹⁰ Così, S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., pp. 313, 338.

⁹¹ Così, E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 400 (e cfr. anche p. 392).

con il principio di autoresponsabilità da leggersi in conformità alla regola di buona fede⁹²; ma il legislatore «non ha voluto snaturare l'intero sistema, sopprimendo la libertà contrattuale quanto la controparte di un rapporto è un consumatore, nè ha voluto eliminare la asimmetria di forza negoziale che c'è tra le parti»⁹³. Insomma, adoperando un principio di «omogeneità interpretativa», si può evitare che i due complessi di norme a protezione del consumatore – la disciplina delle clausole vessatorie e quella dei diritti fondamentali del consumatore – siano «distonici l'uno con l'altro», in quanto il primo «avrebbe un ambito di applicazione più ristretto» del secondo⁹⁴.

Alla luce di siffatte considerazioni, le tesi più «oltranziste», che ritengono che alla valutazione giudiziale dell'adeguatezza economica e della congruità del corrispettivo si debba giungere (non nella sola ipotesi di intrasparenza della clausola, di cui all'art. 34, comma 2, c. cons., e già all'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ma) sempre e comunque, e cioè in ogni ipotesi di contratto del consumatore, non meritano consenso⁹⁵. Non a caso, numerosi scrittori affermano che siffatta valutazione giudiziale sia consentita (oltre che nel caso di intrasparenza della clausola, testè menzionato) soltanto in date fattispecie, e sostengono che «una conclusione di questo tipo, più misurata di quella che propone l'ammissibilità *tout court* di un controllo dell'equilibrio economico delle prestazioni, sembra maggiormente in linea con il sistema complessivamente vigente»⁹⁶.

Il problema allora si sposta: si tratta di accertare se tali fattispecie di contratti del consumatore, nelle quali la valutazione giudiziale dell'adeguatezza economica e della congruità del corrispettivo sarebbe consentita, siano individuabili in base a parametri certi e sicuri, e soprattutto coerenti con il sistema normativo.

In estrema sintesi, secondo un primo orientamento lo squilibrio economico sarebbe rilevante soltanto se sintomo di una diversa anomalia del contratto, ovvero frutto di un abuso o di una condotta in mala fede⁹⁷. A parte l'estrema genericità dei parametri adottati (abuso, mala fede, e soprattutto anomalia), che fa temere che quasi tutti i contratti del consumatore finirebbero per essere soggetti ad azioni giudiziali correttive (sicchè, per usare una metafora, ciò che si è voluto far uscire dalla porta rientrerebbe dalla finestra), non si riesce a comprendere in base a quale norma di legge il giudizio di adeguatezza economica sarebbe in tali ipotesi ammissibile⁹⁸.

⁹² E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 646.

⁹³ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 142. Vedi anche EADEM, *Art. 2*, cit., p. 41 nt. 53.

⁹⁴ F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 915.

⁹⁵ Oltre agli autori indicati nelle note che precedono vedi F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 544 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del codice del consumo*, cit., p. 47 nt. 9; F. VOLPE, *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., ***, I, Torino, 2006, p. 404; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 653.

⁹⁶ Così, E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 386; IDEM, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 53.

⁹⁷ E' la tesi, sopra illustrata, di S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 142 s.; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 41 s.

⁹⁸ La dottrina sull'abuso, la mala fede, ecc. è sterminata, e sin troppo nota: il che sconsiglia qualsiasi citazione.

Secondo un altro orientamento, lo squilibrio economico sarebbe rilevante soltanto in caso di abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, e precisamente quando al consumatore sia difficile reperire sul mercato alternative soddisfacenti⁹⁹, o questi versi in uno stato di necessità economica¹⁰⁰; ovvero, che lo squilibrio economico sarebbe rilevante soltanto nel caso in cui il consumatore versi in condizioni di debolezza, in quanto la norma in parola sarebbe applicabile anche ai contratti del consumatore¹⁰¹.

Pertanto, la concretizzazione del diritto del consumatore all'equità contrattuale avrebbe luogo non in base a parametri generici sprovvisti di ogni immediato aggancio normativo, quali quelli sopra menzionati (anomalia, abuso, mala fede), bensì sulla scorta di un parametro – l'abuso di dipendenza economica – puntualmente individuato da una norma di legge. Le perplessità peraltro non mancano, come gli studiosi dell'abuso di dipendenza economica sottolineano con dovizia di argomentazioni¹⁰². Infatti, tra abuso di dipendenza economica e disciplina a tutela del consumatore non vi è omogeneità di *ratio*: il tentativo di rendere omogenea la disciplina dei contratti del consumatore con quella dei contratti dell'imprenditore debole, magari nell'ottica della costruzione di una sorta di macrocategoria, quella dei contratti c.dd. asimmetrici, non merita consenso. La logica valutativa impiegata a tutela dell'imprenditore debole, imperniata su criteri e modalità di controllo della asimmetria in concreto, capaci di ricostruire e valutare caso per caso le specificità della singola operazione negoziale, è inconciliabile con la logica valutativa adoperata a tutela del consumatore, basata sulla asimmetria presunta o implicita nella diversità dei ruoli e nelle modalità della contrattazione: non si può «contaminare» la disciplina dei contratti del consumatore con quella dei contratti dell'imprenditore debole, ed applicare ai contratti del consumatore la disciplina dell'abuso di dipendenza economica. Del resto, l'asimmetria dell'imprenditore debole è di tipo economico, e cioè va riferita alla posizione dell'imprenditore sul mercato ed ai suoi concreti rapporti con la controparte contrattuale, laddove quella del consumatore è di tipo informativo: l'imprenditore è debole non perchè non sia informato e/o non sia capace di negoziare, ma per la maggior forza economica della controparte contrattuale; il consumatore è debole perchè soffre di una asimmetria informativa, che limita il suo potere di negoziazione e lo rende *price conscious but terms*

⁹⁹ E' la teoria, sopra esposta, elaborata da E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 385 s.; IDEM, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 52 s.

¹⁰⁰ E' la tesi, sopra illustrata, di M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civilistici*, cit., p. 49.

¹⁰¹ E' la teoria, su illustrata, proposta in via subordinata da F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 677 ss., e specialmente p. 684.

¹⁰² Cfr., sia pure con argomentazioni non sempre coincidenti, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 82 ss.; IDEM, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Trattato dei contratti* Roppo, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 382 s.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 207 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 460 ss. Vedi anche E. CAMILLERI, *Contratti a valle*, cit., p. 389 ss.

*inconscious*¹⁰³. Concludendo sul punto, l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 non può costituire «il detonatore a miccia capace di far saltare la struttura portante» dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora dell'art. 34, comma 2, c. cons.¹⁰⁴.

Secondo un terzo orientamento, lo squilibrio economico sarebbe rilevante qualora il mercato non funzioni e la concorrenza non operi, e cioè qualora il consumatore non possa contrarre con altri, in quanto l'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora l'art. 34, comma 2, c. cons., escludono il sindacato sullo squilibrio economico soltanto se il consumatore può scegliere tra più proposte alternative¹⁰⁵. Anche questa teoria cerca di concretizzare il diritto del consumatore all'equità contrattuale sulla scorta di una norma di legge, e per giunta di una norma di legge che disciplina i contratti del consumatore, evitando così ogni «contaminazione» tra contratti del consumatore e contratti dell'imprenditore debole, diversamente da quanto sostiene la tesi sopra esaminata e criticata: da questo punto di vista, si tratta del tentativo più elegante, elaborato in dottrina, per riempire di contenuto concreto il diritto del consumatore all'equità contrattuale, inteso come diritto all'equilibrio economico del contratto. Il punto debole di questa teoria è rappresentato non soltanto dall'interpretazione dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora dell'art. 34, comma 2, c. cons., sul quale si fonda, ma anche e soprattutto dalle conseguenze che da tale interpretazione pretende di trarre. Con siffatta norma il legislatore, come si è illustrato in precedenza, intende tutelare il consumatore che, attesa l'intrasparenza delle clausole, non si accorge, al momento della conclusione del contratto, delle effettive difficoltà o della reale dimensione della prestazione alla quale egli o il professionista è obbligato, e quindi dell'effettivo onere economico che il contratto comporta¹⁰⁶ (e non il consumatore che non possa scegliere tra più offerte alternative). Ma vi è di più: il deficit informativo dovuto alla intrasparenza e la mancanza della concorrenza non possono essere assoggettate alla medesima disciplina, sulla scorta dell'affermazione che entrambe portano al «fallimento» del mercato, in quanto «nè la collocazione dell'art. 34, comma 2, c. cons. nel panorama complessivo del sistema nè l'apprezzamento della sua *ratio* riescono a motivare questa conclusione»¹⁰⁷. Non sembra consentito argomentare dall'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora dall'art. 34, comma 2, c. cons., per dedurre l'ulteriore conseguenza secondo cui l'insindacabilità del profilo economico del contratto presuppone l'esistenza di alternative nel mercato¹⁰⁸: non è «irragionevole», nè meno che mai «aberrante», consentire il giudizio sulla determinazione del corrispettivo nel caso di intrasparenza delle clausole, e negarlo invece in ipotesi di

¹⁰³ La letteratura sul contratto asimmetrico, sul contratto dell'imprenditore debole (o terzo contratto), ecc. è vastissima e ben conosciuta: il che impone di evitare ogni citazione.

¹⁰⁴ R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., p. 104 nt. 117.

¹⁰⁵ E' la ricostruzione, sopra esposta, operata da D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., pp. 1099 nt. 33, 1100.

¹⁰⁶ Notazione diffusa in dottrina: ogni citazione è superflua.

¹⁰⁷ M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali»*, cit., p. 397, testo e nt. 48.

¹⁰⁸ Così, F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 546 s. In senso conforme sembra orientato E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 647 nt. 75.

mancanza della concorrenza¹⁰⁹. Insomma, «la prospettiva della prevenzione legislativa verso contrattazioni economicamente squilibrate, in vista di finalità solidaristiche, e specificamente di tutela del contraente debole (consumatore)», esce «smentita» dall'esame dell'art. 1469-ter, comma 2, c.c., ed ora dell'art. 34, comma 2, c. cons.¹¹⁰

Devesi aggiungere che «le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate», di cui all'art. 3, comma 1, lettera b), della legge n. 281 del 1998, ed ora all'art. 140, comma 1, lettera b), c. cons., sono uno strumento di attuazione del provvedimento inibitorio, definitivo o cautelare, analogo a quello contemplato nell'art. 2599 c.c.¹¹¹: rinvenire in tali norme, dettate in tema di tutela collettiva del consumatore, il fondamento giuridico di un potere correttivo del giudice in sede di controllo, per così dire, di natura individuale dei contratti del consumatore non pare corretto. Il disposto dell'art. 3, comma 7, della legge n. 281 del 1998, ed ora dell'art. 140, comma 9, c. cons., non consente di pervenire a differenti conclusioni: non è sul piano logico-giuridico configurabile litispendenza (e continenza), per la necessaria diversità dei soggetti processuali (associazione dei consumatori nel giudizio collettivo, singolo consumatore nel giudizio individuale), ma al più connessione (c.d. impropria), sicché il giudice potrebbe disporre la riunione dei giudizi¹¹². Non è pertanto possibile argomentare dall'istituto della litispendenza, per desumere dal riconosciuto potere correttivo del giudice in sede di giudizio collettivo l'esistenza di un potere correttivo dello stesso in sede di giudizio individuale.

Le considerazioni sin qui esposte dovrebbero infine dimostrare che il diritto del consumatore all'equità contrattuale non ha alcun punto di contatto con l'istituto dell'integrazione del contratto, come disciplinato dall'art. 1374 c.c., ed in particolare con l'equità ivi prevista.

8. Non resta che tirare le fila del discorso sinora svolto: merita consenso quell'orientamento dottrinale che riconduce l'equità all'equilibrio normativo, e cioè all'equilibrio «dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», di cui all'art. 3, § 1, della direttiva 93/13/CEE, all'art. 1469-bis, comma 1, c.c., ed all'art. 33, comma 1, c. cons.¹¹³. Siffatto orientamento appare perfettamente in linea con le scelte compiute dal legislatore

¹⁰⁹ In questo senso sembra orientato anche F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 547 nt. 60, al quale replica, in termini invero non convincenti, D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., p. 1100 nt. 34 (che – p. 1098 – parla di «risultato aberrante, cioè irragionevole»).

¹¹⁰ E. CAMILLERI, *Contratti a valle*, cit., p. 390.

¹¹¹ Insegnamento accreditato: inutile pertanto ogni citazione.

¹¹² Si tratta di nozioni istituzionali di diritto processuale civile: si è dispensati pertanto da ogni indicazione di dottrina.

¹¹³ G. DE NOVA, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 546; IDEM, *Contratto: per una voce*, cit., p. 653; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., p. 104 nt. 117; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generaliste» e «finali» del codice del consumo*, cit., p. 47 nt. 9; F. VOLPE, *Contratto giusto*, cit., p. 404; C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 472; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, p. 95 nt. 63. Dubbiosa al riguardo appare L. ROSSI CARLEO, *I diritti fondamentali del consumatore*, cit., p. 27.

comunitario (art. 4, § 2, della direttiva 93/13/CEE), e sulle sue orme dal legislatore italiano in sede di recepimento (art. 1469-ter, comma 2, c.c., e poi art. 34, comma 2, c. cons.)¹¹⁴; e ciò garantisce coerenza al sistema, ed evita distonie tra la disciplina delle clausole vessatorie e quella dei diritti fondamentali del consumatore¹¹⁵.

In senso conforme, si pronuncia anche una sentenza di un giudice di merito, secondo cui «sotto il profilo dell'equità va ricordato che l'intervento del giudice deve essere limitato alla valutazione della correttezza giuridica della clausola, senza potersi spingere in valutazioni relative alla ragionevolezza della scelta economica sottesa alla clausola in esame: tale limite trova il proprio aggancio normativo nell'art. 1469-ter, comma 2, c.c.»¹¹⁶.

Naturalmente, si è consapevoli che con le considerazioni sin qui esposte si (ridimensiona, o meglio si) nega la portata innovativa dell'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, ed ora dell'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., nella parte in cui riconoscono al consumatore il diritto all'equità contrattuale: ma non è possibile giungere a conclusioni differenti. Del resto, i controlli giudiziali sul contenuto del contratto del consumatore, di matrice comunitaria, hanno come obiettivo il formarsi ed il consolidarsi di un mercato concorrenziale: una legislazione che ha questo obiettivo primario non può tollerare controlli finalizzati all'equilibrio economico del contratto, perché esprimono una logica che confligge apertamente con quella dell'autonomia privata nel libero mercato. Non sembrano pertanto fondate le critiche che talora vengono mosse all'orientamento in parola, cui viene addebitata «un'interpretazione restrittiva» della norma¹¹⁷, o addirittura un'*interpretatio abrogans* della stessa¹¹⁸, che la ridurrebbe «ad una mera formula vuota», che «tradirebbe l'indicazione normativa privandola di ogni effettività»¹¹⁹, e che degraderebbe il diritto all'equità contrattuale a diritto «senza contenuto»¹²⁰.

Concludendo sul punto, occorre prendere realisticamente atto della circostanza che la norma ha natura meramente riassuntiva di diritti – alla correttezza, alla trasparenza, all'equità –, che già ricevono altrove riconoscimento e protezione.

9. L'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., è già l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, riconoscono al consumatore il diritto all'equità «nei rapporti contrattuali». A fronte di una «formula vaga ed indefinita»¹²¹, come «rapporti contrattuali», l'interprete si deve porre il problema se il legislatore intenda riferirsi alle

¹¹⁴ Per tutti, cfr. M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali»*, cit., p. 184 ss.

¹¹⁵ F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del codice del consumo*, cit., p. 915.

¹¹⁶ Trib. Bolzano, 11 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 1442, nella motivazione

¹¹⁷ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 142. Vedi anche EADEM, *Art. 2*, cit., p. 41.

¹¹⁸ L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, cit., p. 274.

¹¹⁹ F. PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità*, cit., p. 576 nt. 21.

¹²⁰ G. GUIZZI, *Congruità dello scambio e contratti di credito*, cit., p. 440.

¹²¹ S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., p. 319 nt. 50.

sole clausole contrattuali unilateralmente predisposte dal professionista, od anche alle clausole contrattuali che siano state oggetto di trattativa individuale tra il professionista ed il consumatore.

Il tema non è stato oggetto di soverchia attenzione da parte della dottrina, laddove la giurisprudenza (almeno, quella edita) non ha mai avuto occasione di occuparsene.

L'opinione prevalente sostiene che il principio di equità caratterizza i soli contratti non negoziati, «con contenuto imposto»¹²², e cioè i contratti di massa¹²³; più precisamente, «un diritto all'equità v'è per ogni clausola che non sia stata oggetto di una (previa) trattativa individuale»¹²⁴. Isolata è rimasta infatti la tesi di chi ammette «la possibilità di ritenere rilevante l'eccessivo squilibrio [anche] in un contratto negoziato individualmente»¹²⁵, magari applicando analogicamente l'art. 9 della legge n. 192 del 1998¹²⁶.

Ai sensi dell'art. 3, § 1, della direttiva 93/13/CEE, una clausola è soggetta al giudizio di abusività se «non è stata oggetto di negoziato individuale»; ai sensi dell'art. 34, comma 4, c. cons., e già dell'art. 1469-ter, comma 4, c.c., «non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale».

Come si è in precedenza illustrato, ai sensi dell'art. 8 della direttiva 93/13/CEE, gli Stati membri possono adottare o mantenere disposizioni più severe, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore: pertanto, gli Stati membri possono consentire al giudice di sindacare clausole oggetto di trattativa individuale (vedi, infatti, l'art. 36, comma 2, c. cons., e già l'art. 1469-quinquies, comma 2, c.c.). Ancora, l'art. 32 della direttiva 2011/83/UE inserisce nel corpo della direttiva 93/13/CEE l'art. 8-bis, ai sensi del quale quando uno Stato membro adotta disposizioni conformemente all'art. 8 della direttiva da ultimo citata, ne informa la Commissione, in particolare quando tali disposizioni estendano la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente¹²⁷.

L'orientamento dottrinale che si è da ultimo illustrato – del quale sono sostenitori solamente autori che riportano l'equità all'equilibrio economico –, che ritiene che il diritto all'equità caratterizzi tanto i contratti non negoziati quanto i contratti negoziati, si scontra con le scelte operate dal legislatore comunitario prima, e dal legislatore italiano poi: ma, se il patrio legislatore avesse voluto raggiungere siffatto obiettivo, lo avrebbe statuito espressamente, e di ciò sarebbe rimasta traccia almeno nei lavori preparatori della legge n. 281 del 1998 e/o del codice del consumo, che invece sono muti al riguardo.

¹²² D. RUSSO, *Giustizia del contratto e sindacato giudiziale*, cit., pp. 1095 s., 1101 (e vedi anche p. 1104). Diversamente sembra orientata S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 143; EADEM, *Art. 2*, cit., p. 42: ma la posizione dell'autrice non è limpida.

¹²³ R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., p. 104 nt. 117.

¹²⁴ S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio*, cit., p. 319 nt. 50. Di assenza di trattativa individuale parla C. CIRAULO, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 59.

¹²⁵ Così, E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, cit., p. 64; IDEM, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 385; IDEM, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 646. Vedi anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 160 s., in termini peraltro cauti e sfumati.

¹²⁶ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 678 s.

¹²⁷ A quanto consta, l'Italia nulla ha comunicato alla Commissione.

Non pare che una norma ambigua ed equivoca, come l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998 prima, e l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons. poi, possa da sola portare al superamento di uno dei caposaldi della direttiva 93/13/CEE, sancito nell'art. 1469-ter, comma 4, c.c. prima, e nell'art. 34, comma 4, c. cons. poi.

Pertanto, l'opinione che si è esposta – della quale sono sostenitori tanto autori che riportano l'equità all'equilibrio economico, quanto scrittori che riconducono l'equità all'equilibrio normativo –, che «aggancia» il diritto all'equità all'assenza di una trattativa, appare condivisibile, in quanto rende coerente l'art. 2, comma 2, lettera e), c. cons., e già l'art. 1, comma 2, lettera e), della legge n. 281 del 1998, nella parte in cui riconoscono al consumatore il diritto all'equità, con la disciplina delle clausole vessatorie, e quindi inserisce in maniera armonica la norma nel sistema. Già si è detto, del resto, che il tentativo di rendere omogenea la disciplina dei contratti del consumatore con quella dei contratti dell'imprenditore debole non merita consenso: non si può applicare ai contratti del consumatore l'art. 9 della legge n. 192 del 1998.

Anche da questo punto di vista, pertanto, la norma ha natura ricognitiva, e non innovativa, del diritto all'(equità inteso come) equilibrio normativo, che riceve riconoscimento e tutela ad opera della disciplina delle clausole vessatorie.

Anatocismo e frutti civili da Napoleone ai nostri esegeti

di Valerio Tavormina*

SOMMARIO: 1. Gli interessi sui crediti pecuniari liquidi ed esigibili. – 2. Gli interessi da finanziamento come frutti civili e la loro capitalizzazione. – 3. Italia 1999: comincia la storia dell’anatocismo bancario. – 4. Le successive convulsioni. – 5. La delibera CICR 3 agosto 2016, n. 343.

1. Non più tardi del 430 d.C., alla vigilia di un’eclissi della civiltà durata circa nove secoli, Macrobio (prefetto d’Africa e forse anche dell’Illiria) faceva dire ad uno dei protagonisti dei suoi Saturnalia¹ che ignoriamo molte cose che non ci sarebbero nascoste se ci fosse familiare la lezione degli antichi². E siamo ancora qui a ripeterlo nel pieno di un’altra eclissi cominciata da noi una cinquantina d’anni fa, che auguriamo ai nostri posteri possa durare di meno.

E’ per questo che vale la pena di salvare almeno un frammento di quella lezione ricordando che, nel redigere il progenitore dei codici moderni, e cioè il codice civile Napoleone, ed in particolare nel disciplinare la materia degli interessi, il più autorevole dei suoi redattori e cioè Portalis (preceduto ad esempio da Montesquieu e Voltaire³) ricordava che “il denaro è il segno di [ossia: rappresenta] tutti i valori [ossia: i servizi]; procura tutto ciò che dà profitti o frutti; perché dunque colui che ha bisogno di questo segno non ne pagherebbe l’uso, come paga l’uso di tutti gli oggetti [ossia: i servizi] di cui ha bisogno? Come tutte le altre cose, il denaro può dunque essere donato, prestato, locato, venduto. La rendita a fondo perduto [ossia: perpetua] è un’alienazione; *il prestito a interesse è una locazione*; l’uso gratuito che si cede di una somma di denaro è un prestito semplice; la liberalità senza stipulazione di interesse e senza speranza di restituzione, è una donazione. La donazione e il prestito [semplice] sono atti di generosità; ma la locazione e l’alienazione non sono atti ingiusti⁴”.

* Ordinario di Diritto processuale civile nell’Università Cattolica di Milano.

¹ VI, IX, 9.

² Allorio (*Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 174 nota 47) traduceva invece liberamente con “è quasi superfluo ricordare gl’inestimabili vantaggi della cultura”.

³ Voltaire, *Intérêt*, in *Dictionnaire philosophique*, III, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, Paris, 1879, 19, 491.

⁴ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844, 50. E direi che ciò basta per non soffermarsi sulla pretesa differenza tra godimento di un bene e godimento di una somma di denaro (entrambi di terzi), di cui parla Semeraro, *Interessi monetari e frutti civili*:

In questo quadro nasceva la disciplina degli interessi sui crediti di denaro, dettata dal codice Napoleone nell'ambito della regolamentazione dell'inadempimento delle obbligazioni, quale sanzione risarcitoria per l'inadempimento (i famosi *dommages-intérêts*). Art. 1153, comma 1: "nelle obbligazioni che si limitano al pagamento di una certa somma, i danni-interessi risultanti dal ritardo nell'esecuzione sono limitati alla condanna agli interessi al tasso legale".

Siccome si era osservato che anche il mancato pagamento di questi interessi risarcitori rappresentava un torto nei confronti del creditore, ugualmente suscettibile di essere riparato con un'ulteriore indennità, si aggiunse una previsione in tal senso, ma che evitasse l'abuso di un accumulo troppo frequente di interessi; e perciò si stabilì, con l'art. 1154, che gli interessi scaduti potessero produrre interessi (anatocismo), ma soltanto per effetto di una domanda giudiziaria o di una speciale convenzione (stipulabile anche prima del maturare degli interessi⁵) e purché si trattasse di interessi dovuti e non pagati per almeno un anno.

Ci si preoccupò tuttavia anche di chiarire che "i redditi, come i fitti, pigioni, arretrati di rendite perpetue o vitalizie, e frutti da restituire, *non devono essere assimilati agli interessi ordinari*"; e quindi, dopo l'art. 1154, fu inserito l'art. 1155, il cui primo comma diceva che "*non di meno, i redditi scaduti, come fitti, pigioni, arretrati di rendite perpetue o vitalizie, producono interessi dal giorno della domanda o della convenzione*". E ciò proprio perché erano redditi, corrispettivi pattuiti e non risarcimenti da illecito (civile) che si dovessero aggravare, ma non troppo; sicché il loro mancato pagamento esigeva a sua volta un risarcimento⁶.

Tenuto quindi conto "*che il prestito a interesse è una locazione*" (Portalis), non poteva sorgere alcun dubbio sul fatto che gli interessi pattuiti con il finanziatore per il godimento di un capitale rientrassero fra i redditi il cui mancato pagamento andava sanzionato con ulteriori interessi, nonostante l'art. 1154 ed in forza dell'art. 1155. E ciò in piena coerenza con l'inclusione degli interessi sui capitali tra i frutti civili di pertinenza dell'usufruttuario, insieme (ancora una volta) ai canoni di locazione, ai corrispettivi degli affitti, agli arretrati di rendite ecc. (art. 584).

Gli art. 1153 ss. del codice Napoleone furono integralmente recepiti negli articoli da 1231 a 1233 del codice civile italiano del 1865, con la sola variante che la "convenzione speciale" di cui parla l'art. 1154 del codice Napoleone doveva essere

osservazioni a margine di alcune fattispecie, in *Giust. Civ.*, 2012, II, 419 ss. ("chi gode di un immobile... ne gode nel senso che soddisfa attraverso la relazione materiale con il bene un suo interesse... La liquidità non è in grado di soddisfare [in via immediata] bisogni di tal fatta", ma solo "in via mediata". E allora? Ed il conduttore che gode di un immobile sublocandolo?).

⁵ Recentemente Cass. civ. Sez. I, 7 gennaio 1992, su ricorso n. 90-12318. La contraria affermazione di M. Porzio, *I frutti del denaro*, in *Dir. giur.*, 2008, 167 nota 36, non era giustificata neppure prima che, con la recente riforma del 2016 [adottata con l'ordinanza (in sostanza, un decreto legislativo) n. 2016-131 del 10/02/2016, con effetto dall'1 ottobre 2016], il legislatore esplicitasse che gli interessi scaduti producono interessi anche "si le contrat l'a prévu" (nuovo art. 1343-2 c.c.).

⁶ *Code Napoléon suivi de l'exposé des motifs ecc.*, Parigi, 1808, V, 23 s.

“posteriore alla scadenza” degli interessi dovuti in caso di inadempimento di debiti civili (art. 1232, comma 1), limitando con ciò in pratica all’ipotesi del contenzioso l’aggravamento della sanzione civile per l’inadempimento di debito pecuniario.

Ed a rafforzare l’estraneità degli interessi pattuiti con un finanziatore al tema degli interessi-danno, cui solo si riferiva l’istituto dell’anatocismo, contribuiva il maggiore risalto conferito alla disciplina dei frutti civili, spostata (rispetto al codice Napoleone) nel titolo della proprietà in generale (art. 444, commi 3 e 4, corrispondenti all’odierno art. 820, comma 3), che vi includeva “*gli interessi dei capitali, i proventi delle enfiteusi, dei censi, dei vitalizi ed ogni altra rendita*”, nonché “i fitti e le pigioni dei fondi”.

Quando poi nel 1940/42 si procedette alla riforma dei codici, che incluse la rifu-sione del codice di commercio nel codice civile, si pensò di integrare la tradizionale disciplina di alcune specie di obbligazioni (alternative, solidali ecc.) con una sezione dedicata alle “obbligazioni pecuniarie” (art. 1277-1284), nella quale vennero trasportate le predette regole sulla produzione di interessi, incorporando anche qui altre regole del codice di commercio, fra cui quella che ricollegava l’automatico decorso degli interessi alla sola esigibilità (oltre che liquidità) del credito di denaro (art. 1282 c.c.), senza necessità di preventiva costituzione in mora (art. 41 cod. comm. 1882).

D’altronde, anche la necessità di preventiva costituzione in mora non aveva particolare rilevanza neppure nel codice civile del 1865 che, più agilmente rispetto alla sua fonte e cioè all’art. 1139 del codice Napoleone (il quale codice, per il decorso degli interessi moratori, esigeva peraltro almeno una preventiva intimazione al debitore: art. 1153, comma 3), la ricollegava già alla “sola scadenza del termine stabilito nella convenzione” (art. 1223, comma 1 c.c. 1865).

Della disciplina degli interessi sui crediti di denaro fu lasciata nella sua sede di origine (secondo il codice Napoleone), cioè quella dell’inadempimento delle obbligazioni, la sola previsione secondo cui nelle obbligazioni pecuniarie il danno è compensato tramite la corresponsione di interessi a decorrere “dal giorno della mora” (interessi moratori), salva dimostrazione di un danno maggiore (art. 1224 c.c.) che il codice Napoleone ammette invece solo in caso di malafede del debitore (vecchio art. 1153, comma 4 e nuovo art. 1231-6, comma 3).

Tutte queste variazioni, però, non sono venute affatto ad incidere sull’accessorietà rispetto ad un credito pecuniario insoddisfatto, che contraddistingue gli interessi in oggetto e che giustifica, nello stesso contesto della loro disciplina, i limiti posti (con il vecchio art. 1154 del codice francese e con l’art. 1283 di quello italiano) agli accessori degli accessori (gli interessi anatocistici). Un’accessorietà risarcitoria, nel caso (peraltro normale) di mora; oppure un’accessorietà che potremmo definire “indennitaria”, nel caso (relativamente raro) di credito pecuniario “esigibile” senza che vi sia un termine già scaduto (art. 1219, comma 2, n. 3) a favore del creditore, il quale in tal caso può appunto “esigerlo immediatamente” (art. 1183, comma 1 c.c.)

e perciò maturare interessi ex art. 1282, comma 1, anche prima di avere intimato per iscritto al debitore l'adempimento (art. 1219, comma 1)⁷.

Ed infatti, commentando la corrispondente disposizione del libro delle obbligazioni, la Relazione al Re parla di "liquidità e esigibilità *della prestazione principale*", di cui gli interessi in oggetto rappresentano perciò accessorio.

2. Come ho ricordato sopra, l'art. 820, comma 3 c.c. (sulle orme dell'art. 444, commi 3 e 4 del codice del 1865) definisce i "frutti civili" come il corrispettivo del godimento della cosa che altri ne abbia; e vi annovera, subito dopo, "*gli interessi dei capitali*, i canoni enfiteutici, le rendite vitalizie e ogni altra rendita, il corrispettivo delle locazioni", con elencazione peraltro non esaustiva ("tali sono", dice la norma, e non "tali sono soltanto"), da estendere dunque ad esempio alle royalties per l'uso di diritti d'autore⁸, di marchi e brevetti (licenze) ecc. e, più in generale, a tutto ciò che venga pattuito appunto come corrispettivo del godimento di cosa altrui⁹.

Ora, se "gli interessi dei capitali" costituiscono il corrispettivo del godimento di questi da parte di terzi, è evidente che rappresentano la prestazione principale gravante su questi terzi¹⁰ e quindi sono essi stessi "crediti di somme di denaro" che, se "liquidi ed esigibili", "producono interessi di pieno diritto" quali accessori (art. 1282), senza incorrere nelle strettoie di cui all'art. 1283¹¹.

Non vi è quindi, nella lettera dell'art. 1282, quella assurdità di cui parlava Ernesto Simonetto, osservando giustamente che "il corrispettivo dell'interesse (art. 820, [3]° co.) è corrispondente al godimento del capitale e non alla liquidità ed esigibilità del credito"¹². L'art. 1282, infatti, parla di liquidità ed esigibilità di un qualsiasi "credito di somma di danaro" e non soltanto di un "credito di capitale". Pertanto, il

⁷ Quadri, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato Rescigno*², Torino, 9, 1999, 659. Conf. Cass. civ. Sez. I, 19/03/2004, n. 5548; *contra* Trib. Novara, 24/10/2011, *Sito NovaraIUS.it*, 201.

L'oggettiva limitatezza dell'estensione dell'applicazione degli interessi, conseguente alla soppressione del requisito della costituzione in mora, rafforza senz'altro il diffuso scetticismo sulla distinzione tra interessi c.d. moratori e corrispettivi o, più semplicemente, ex art. 1224 oppure 1282: cfr. ad esempio Libertini, *Interessi*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXII, 1972, 100 ss.; Inzitari, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, VI, 1983, 218 s.

⁸ Trib. Genova, 03/12/1990, in *Giur. Comm.*, 1992, II, 673.

⁹ Così ad esempio Dimundo, *Frutti civili*, in *Dig. - Disc. Priv.*, Torino, VIII, 1992, 562; Bellantuono, *I frutti*, in *Trattato Rescigno*², Torino, 7, 2005, 106 s.

¹⁰ Non per altro la Relazione al Re sul codice civile individua negli interessi dovuti dal mutuatario "il compenso convenuto per il godimento del capitale ricevuto", che fa del mutuo ad interessi un contratto a prestazioni corrispettive, giustificandone la risoluzione in caso di mancato pagamento (n. 735). E Cass. civ. Sez. I, 11/06/2004, n. 11093, parla del "mutuo senza interesse" come "contratto a titolo gratuito", caratterizzato dalla "assenza di corrispettivo o di controprestazione".

¹¹ Ecco quindi uno specifico effetto normativo della "aggregazione degli interessi da capitale ai canoni di locazione nella categoria dei frutti civili", che non è meramente "*suggerita* dall'art. 820, 3° comma, c.c." in forza di "necessità di ordine ideologico [in realtà inesistenti] ormai superate", come scrive Bellantuono, *op. cit.*, 106, ma è *giuridicamente imposta* dalla menzionata disposizione.

¹² *Interessi - Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, 5.

“credito di somma di danaro” ivi menzionato ben può essere un credito di interessi, alla sola condizione che non si tratti a sua volta di interessi accessori ad un credito di denaro esigibile, perché allora questi accessori non possono produrre ulteriori accessori, se non con i limiti fissati originariamente da Napoleone ed ora dall’art. 1283.

E la condizione che non si tratti di interessi accessori ad un credito di denaro esigibile è appunto soddisfatta nel caso in cui si tratti di interessi pattuiti quale corrispettivo per il godimento di un capitale non ancora esigibile, il mancato pagamento dei quali alle scadenze convenute altera il sinallagma stabilito dalle parti tra godimento del capitale e *versamento* periodico degli interessi ed esige pertanto pieno indennizzo alle stesse condizioni¹³; così come identica alterazione ed esigenza di indennizzo si dà nel caso di ritardo *nella corresponsione* di canoni enfiteutici, rendite e corrispettivi delle locazioni (nella terminologia che fu aggiornata nella redazione dell’art. 820, comma 3 e non invece dell’art. 1282, comma 2, che continua a parlare di “fitti e pigioni”¹⁴).

Di più: se si tratta di frutti civili e cioè di corrispettivo per il godimento di cosa altrui (un capitale) (art. 820, comma 3), e non invece di accessori risarcitori-indennitari di altra obbligazione scaduta (art. 1282, comma 1), nei limiti quantitativi previsti da altre disposizioni (usura) è lecita qualsiasi pattuizione relativa a detto interesse ed in particolare quella nota come capitalizzazione, che comporta il cumulo degli interessi, pattuiti e non pagati alle scadenze periodiche, con il capitale da restituire in futuro. Con il che si determina non solo la produzione di interessi sugli interessi pattuiti e non pagati (come nel caso dell’art. 1283), ma anche di interessi su questi ulteriori interessi (sempre ovviamente in quanto non siano pagati) e così di seguito¹⁵.

Ciò non comporta peraltro alcun aggiuntivo, sensibile incremento dell’onere globale per interessi, perché l’incremento del capitale dovuto al cumulo di ulteriori interessi rispetto agli interessi sugli interessi (che non siano naturalmente pagati neppure loro) è del tutto trascurabile: per esempio, ad un tasso annuo del 5% e con una periodicità anch’essa annuale nella scadenza degli interessi, i primi interessi sugli interessi incidono (dal secondo anno) per un ulteriore 0,25% (5% del 5%); ma quelli che si producono (dal terzo anno) su questo ulteriore 0,25% ammontano a solo lo 0,0125% (5% dello 0,25%); e quelli che si producono (dal quarto anno) su questo ulteriore 0,0125% assommano a solo lo 0,0006125% [per un totale, fino a

¹³ Che si debba trattare delle stesse condizioni lo si ricava dal secondo inciso dell’art. 1224, comma 1.

¹⁴ Un caso di non perfetto coordinamento linguistico fra i redattori del libro III e quelli del libro IV del codice civile, con espressione più moderna da parte dei primi e trascinamento invece dei vecchi termini di cui all’art. 1233 del codice del 1865, da parte dei secondi.

¹⁵ La differenza tra anatocismo e capitalizzazione è molto ben delineata da Barba, *Interessi dovuti per effetto dell’inderogabile divieto di anatocismo*, in *Obbl. contr.*, 2009, 538 ss.

questo punto, dello 0,2631125% contro l'iniziale 0,25%: una differenza di poco più di 1 centesimo di punto percentuale]; e così via¹⁶.

Riassumendo: gli interessi pattuiti per il godimento di capitali altrui sono frutti civili come i canoni di locazione ed altre simili entrate, ai sensi dell'art. 820, comma 3 c.c., e non invece interessi-accessori che decorrono *ex lege* per il mancato pagamento di somme dovute ai sensi degli art. 1224 e 1282, comma 1 c.c. In mancanza di diversa pattuizione, perciò, detti interessi-frutti civili producono interessi di pieno diritto in caso di mancato pagamento alla scadenza ex art. 1282, comma 1, come previsto tra l'altro specificamente dal comma 2 di questa disposizione per i fitti e le pigioni. Una diversa, lecita pattuizione è rappresentata da una convenzione di capitalizzazione, che da un lato conforma quantitativamente il corrispettivo pattuito di cui parla l'art. 820, comma 3 e, d'altro lato, è fatta salva dall'art. 1282, comma 1, nella parte in cui dispone che il titolo dell'obbligazione pecuniaria esigibile (nel nostro caso la pattuizione degli "interessi dei capitali" ex art. 820, comma 3) può stabilire qualche cosa di diverso dalla produzione automatica di interessi (sui quali ultimi, altri interessi sarebbero ammissibili soltanto nei limiti dell'art. 1283): con un risultato che, oltretutto, non diverge sostanzialmente dall'applicazione della disciplina legale (in quanto gli ulteriori interessi, che maturano in forza di detta clausola sugli interessi che comunque decorrerebbero ex art. 1282, comma 1, risultano di entità trascurabile)¹⁷.

3. Se la lezione degli antichi non fosse andata persa, ci saremmo perciò accorti ben prima del 1999 che si sbagliava nel ritenere che la capitalizzazione degli interessi sui finanziamenti rappresentasse pattuizione di per sé vietata dall'art. 1283, tranne che per le banche per le quali vi sarebbe stato un uso diverso¹⁸. Il cumulo di un er-

¹⁶ Il diavolo non è perciò rappresentato dalla capitalizzazione degli interessi (come riteneva Galgano, *Saggio di astroeconomia, ovvero l'espansione siderale degli interessi composti*, in *Contr. Impr.*, 1995, 347), ma sostanzialmente solo dal mancato pagamento degli interessi dovuti, che certo, se si ipotizza perpetuo, non può che condurre ad "astrodimesioni" sulla base già dell'art. 1283 (senza capitalizzazioni). Cfr. Reifner, *Zinsberechnung im Recht*, in *AcP*, 2014, 700 ss., 729 ss.

¹⁷ Non è chiaro se il differente trattamento tra interessi-frutti civili ed interessi-accessori sia venuto meno in Francia con la recente (ancora parziale) riforma del diritto dei contratti nel codice civile menzionata nella precedente nota 5. Infatti, se da un lato la previsione della maturazione di interessi sugli interessi scaduti (vecchio art. 1154) è stata spostata dalla sede dell'inadempimento dell'obbligazione a quella del pagamento di crediti di denaro (nuovo art. 1343-2), eliminando l'esclusione dei redditi scaduti, quali fitti ecc. (vecchio art. 1155), d'altro lato questa disciplina si applica a qualsiasi "obligation de somme d'argent [qui] porte intérêt" (nuovo art. 1343-1, comma 1), mentre l'art. 1231-6 continua a prevedere che "Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure": sicché il tenore letterale delle disposizioni sembra ammettere cumulo di interessi sugli interessi (se contrattualmente previsto) ed interessi moratori (in caso di inadempimento).

¹⁸ Per tutte, Cass. civ. Sez. III, 15/12/1981, n. 6631, in *Giust. civ.*, 1982, I, 380, con nota adesiva di Di Amato. In dottrina cfr. per tutti N. Salanitro, *Conto corrente bancario*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. comm.*, Torino, IV, 1989, 20.

rore (applicabilità dell'art. 1283) e di un dubbio assunto (uso normativo diverso) produceva comunque il corretto risultato di allineare il sistema bancario italiano a quello internazionale, che non si è mai posto il problema¹⁹.

Nel 1999, però, la Cassazione scoprì che, nonostante secoli di passate capitalizzazioni²⁰, l'uso in contrario per le banche non c'era o comunque non era quello richiesto dall'art. 1283²¹. Caduto il dubbio assunto del contrario uso bancario, fu però confermato l'errore di equiparare l'interesse-frutto civile all'interesse risarcitorio-indennitario; e con ciò, per un verso si diede il via alla caccia al tesoro delle cancellazioni di debiti e restituzioni (senza termini le prime e con termini decennali le seconde, prorogabili con semplici lettere, a partire dalla chiusura dei conti, andando quindi indietro di decenni) e, per altro verso, si rese il far banca in Italia dal resto d'Europa, perché veniva amputato ogni indennizzo per la perdita finanziaria connessa al mancato tempestivo pagamento degli interessi e si impediva l'uso del più comodo strumento di contabilizzazione ed addebito degli interessi (la capitalizzazione).

Per ripristinare una continuità di percorso si sarebbe potuto intervenire con legge (o con un decreto-legge), aggiungendo ad esempio al comma 1 dell'art. 1282 l'inciso "compresi quelli per frutti civili"; oppure, volendo meno opportunamente insistere nella discriminazione tra finanziamenti in genere e finanziamenti bancari, aggiungendo l'art. 1831 ai richiami operati dall'art. 1857, per esplicitare la legittimità della capitalizzazione degli interessi anche nel conto corrente bancario, oltre che in quello ordinario e superare così l'erronea ostinazione in contrario della giurisprudenza²².

¹⁹ La capitalizzazione degli interessi in questione è infatti contrattualmente consentita in tutto il mondo: cfr. ad esempio Corte cost., 12/10/2007, n. 341, punto 2.6 della motivazione. Le supposte eccezioni riportate (o cui si allude) in *Study on interest rate restrictions in the EU, Final Report for the EU Commission DG Internal Market and Services, Project No. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels/Hamburg/Mannheim*, http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/irr_report_en.pdf, 97-100, per Belgio, Repubblica ceca, Estonia, Francia e Lussemburgo (il cui codice civile è, sul punto, ancora quello di Napoleone) in realtà non esistono.

²⁰ Per riferimenti storici cfr. Boccardo, *Anatocismo*, in *Dizionario della economia politica e del commercio, così teorico come pratico*, Torino, 1857, 142; Cova, *Il banco di S. Ambrogio nell'economia milanese dei secoli XVII e XVIII*, Milano, 1972, 45 ss.; La Rocca, *Ancora su anatocismo, usi e contratti bancari*, in *Foro it.*, 2008, I, 2362 s.

²¹ Cass. civ. Sez. I, 16/03/1999, n. 2374, in *Giur. It.*, 1999, 1221, con nota di Cottino, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*, che dava anche lui per scontata l'applicabilità dell'art. 1283 [ripetendo anche lui la favola della "chiara disparità di trattamento tra interessi (attivi) pretesi dalla (banca) e interessi (passivi) pagati al (cliente)", quando basta leggere un qualsiasi bilancio bancario per verificare che la redditività lorda del denaro di entrambi è sempre stata perfettamente comparabile]; Cass. civ. Sez. III, 30/03/1999, n. 3096; Cass. civ. Sez. I, 11/11/1999, n. 12507.

²² Cass. civ. Sez. I, 02/07/2014, n. 15135; Cass. civ. Sez. I, 18/01/2006, n. 870; ecc.: non si capisce infatti perché il ruolo di mandataria del cliente, proprio della banca, dovrebbe essere incompatibile con le modalità di liquidazione degli interessi su reciproche poste debitorie e creditorie presenti anche nel conto corrente bancario. *Amplius* Porcelli, *Interessi anatocistici*, in *Dig. - Disc. Priv.*, Torino, III aggiornamento, 2007, 745 ss.

Restando nell'ottica di una supposta peculiarità dei finanziamenti bancari, il Governo pensò invece di avvalersi della delega appena ricevuta per l'attuazione della direttiva banche europea dell'epoca (la 89/646/CEE), per subdelegare al CICR, con un comma 2 dell'art. 120 TUB, introdotto con l'art. 25 d.lgs. n. 342/1999, di stabilire "modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni" bancarie, con il solo imperativo di pari periodicità nel conteggio di interessi attivi e passivi e con sanatoria del passato in caso di tempestivo adeguamento alle nuove disposizioni.

Che cosa fossero queste "modalità e criteri" la legge non diceva, ma non si mise generalmente in dubbio che si potesse trattare di previsioni in deroga all'art. 1283²³ o comunque di affermazione legislativa che "gli interessi sugli interessi maturati nelle operazioni" di banca fossero un *quid* di diverso dagli interessi anatocistici (come doveva ritenersi anche prima, per ciò che ho scritto sopra). E quindi, senza nessuna pretesa di originalità, con delibera n. 2 del 9 febbraio 2000, il CICR si limitò a legittimare le prassi contrattuali fino ad allora in uso, fissando anche data e modalità per l'adeguamento dei contratti in corso.

Già nell'ottobre successivo, però, la sanatoria per il passato cadeva sotto la scure della Corte costituzionale per difetto di delega²⁴: una decisione più che opinabile dato che, se il mantenimento della capitalizzazione degli interessi era parte integrante dell'attuazione della direttiva banche (come avrebbe riconosciuto sette anni dopo la stessa Corte²⁵), allora ben poteva esserlo anche evitare il rigurgito o la cancellazione degli interessi incassati o contabilizzati nei decenni precedenti. E si innescò quindi la già ricordata caccia al tesoro per i contratti ante 2000, nonostante la sua incompatibilità con il diritto al pacifico godimento dei propri beni, garantito anche alle banche dall'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU (e quindi pure dall'art. 117, comma 1 cost.), che non consente retroattive ablazioni di proprietà per effetto di mutamenti di giurisprudenza²⁶; e, prima ancora, nonostante il contrasto frontale della discriminazione tra frutti civili da denaro e frutti civili da cose, implicata dalla

²³ Nessun dato testuale legittimava peraltro una conclusione del genere; neppure la previsione di una sanatoria per il passato, che di per sé ben poteva coesistere con un divieto per il futuro.

²⁴ Corte cost., 17/10/2000, n. 425, n. 3.3.2 della motivazione.

²⁵ Corte cost. n. 341/2007, cit., n. 2.7 ss. della motivazione.

²⁶ Cfr. il mio *Il credito bancario dal punto di vista della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in questa *Rivista*, 2016, 126.

In totale dissonanza con l'evocata normativa, peraltro, la Corte di giustizia UE ha recentemente bocciato la decisione 9 maggio 2013 del Tribunal Supremo spagnolo che, per rispettare la certezza del diritto garantita dall'art. 9, comma 3, della costituzione spagnola, aveva escluso effetti restitutori conseguenti alla sua valutazione di abusività per mancanza di chiarezza di certe clausole-soglia del tasso di interesse inserite in mutui bancari a consumatori, perché una statuizione del genere non sarebbe sufficientemente deterrente dall'introduzione di clausole abusive ex art. 7 § 1 della Direttiva n. 13/93 (CGUE, Grande Sezione, 21/12/2016, C-154-15 ecc.): il che non è forse del tutto rispettoso dell'art. 6 § 3 TUE, secondo cui "I diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

corrente, erronea interpretazione degli art. 1282-1283, con l'art. 14 CEDU in relazione al già citato art. 1 prot. add.²⁷, dato che – secondo la Corte europea – “la determinazione delle condizioni in cui un'altra persona può usare la proprietà di qualcuno rappresenta un aspetto del diritto di proprietà”²⁸.

4. Nonostante la (oppure a causa della) recessione economica, da cui non si riesce ad uscire, e la connessa crisi del sistema bancario nazionale, oberato da un impressionante ammontare di crediti inesigibili²⁹, le contrapposte attività di lobbying dei clienti (e loro associazioni) e delle banche non conoscono soste; e così, con un grumo delle perenni colate normative con cui si dice di voler risolvere i problemi causati da quelle precedenti, e precisamente con il comma 629 dell'art. 1 (ed unico) dell'annuale legge (ironicamente definita) di stabilità per l'anno 2014 (legge n. 147/2013), l'art. 120, comma 2 TUB fu modificato con effetto, appunto, 1.1.2014.

A leggere il testo, sembrava che il CICR avrebbe dovuto rivisitare “modalità e criteri” dell'intera materia degli interessi bancari (e non più solo, come prima, degli interessi sugli interessi), vietandone però in ogni caso la capitalizzazione [lett. b): “gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale”]; e che nel frattempo sopravvivessero perciò le vecchie regole del 2000, anche perché l'art. 161, comma 5 TUB prevede che “Le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi del presente decreto legislativo” ed, introducendo altre modifiche al TUB, l'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 72/2015 dice che “rimane fermo, altresì, quanto previsto dall'articolo 161, comma 5”.

Poiché però della lettera della legge non importa più nulla a nessuno, secondo la maggior parte dei nostri giudici di merito, chiamati a pronunciarsi in sede cautelare da un'associazione di consumatori, la capitalizzazione degli interessi ed anzi qualsi-

È vero infatti che, con il suo parere n. 2/2013 del 18/12/2014, la Corte di giustizia ha affossato la proposta di adesione dell'UE alla CEDU ritenendo fra l'altro inammissibile essere vincolata alle decisioni della Corte EDU, senza poterla a sua volta a vincolare alle proprie (punto VIII.B.2.a); ma avrebbe potuto almeno porsi la questione della compatibilità di un'opinabile interpretazione della Direttiva n. 13/93 con il citato art. 6 § 3 TUE.

²⁷ Cfr. il mio *L'anatocismo bancario in realtà non esiste*, in *Ex Parte Creditoris* www.expartecreditoris.it ISSN:23851376, 20-1-2016, § 2.

²⁸ Corte EDU Sez. V, 03/10/2014, *R & L, S.R.O. and others v. the Czech Republic*, § 102.

²⁹ Cfr. l'analisi di Famularo-Bisin-Boldrin, <http://noisefromamerika.org/articolo/dopo-gacs-arriva-atlante-strategia-governo-far-ripartire-sistema-bancario-italiano>, 26/04/2016.

D'altra parte, non si può chiedere al sistema bancario di continuare a farsi carico dei titoli di Stato non assorbiti dai privati, a tenere in piedi attività asfittiche ecc., e contemporaneamente imporgli sempre nuovi “regimi di maggior tutela per la clientela”. Più in generale, o si tolgono subito un po' di mani dalle tasche delle attività produttive, con sistematica abolizione di interi pezzi di regolamentazione (e quindi anche di tutte le indotte illecite transazioni), o ci si rassegna a saltare per aria con la Grecia.

asi forma di maturazione di interessi sugli interessi dovuti alle banche in corrispettivo del credito, scaduti e rimasti impagati, sarebbero state vietate già con quella modifica dell'art. 120, comma 2 TUB a prescindere dalla prevista adozione della delibera del CICR. E ciò per varie ragioni, tutte egualmente inconcludenti³⁰.

Né certo bastava all'uopo l'indiscutibile avvenuta abrogazione del vecchio art. 120, comma 2 TUB, che privava di base la "deroga" all'art. 1283, perciò pienamente operativo³¹, proprio perché l'art. 1283 non ha nulla a che fare con gli interessi-frutti civili (*supra*, §§ 1 e 2).

Nel bel mezzo di queste agitazioni, dopo quasi due anni di sonno si era svegliato il CICR, *alias* Banca d'Italia (ex art. 127, comma 1 TUB), la quale aveva posto in consultazione nell'agosto 2015 una bozza di delibera diventata ormai inattuale per quanto è poi successo nell'aprile 2016, ma della cui formulazione e motivazione vale la pena di ricordare qualche passo. Per esempio:

richiamata una, in realtà inesistente e comunque irrilevante³², "intenzione del legislatore" di mettere la parola fine alla produzione di interessi composti e rilevate le difficoltà opposte a questa intenzione "dal tenore letterale della norma" (che infatti vietava soltanto la capitalizzazione e non la produzione di interessi sugli interessi rimasti impagati), si adottava una soluzione "finalizzata a far emergere pienamente lo scopo cui la riforma mirava". Ossia, "in linea con le prime pronunce della giurisprudenza in materia", si ignorava la lettera della legge e si disponeva che "gli interessi maturati non possono produrre interessi" (art. 3), perfino "diversamente da quanto stabilito dal codice civile (art. 1283)"³³;

³⁰ Rinvio al mio *L'anatocismo bancario in realtà non esiste*, cit., nota 1 e § 4. La più recente Trib. Bologna, 25/03/2016, *ibid.*, 31-3-2016 (così come, in un *obiter dictum*, Trib. Pescara, 12/04/2016), si schiera per il differimento all'adozione della prevista delibera del CICR della vigenza della nuova regolamentazione (che si afferma per di più da armonizzare, in termini imprecisati, con la disciplina in vigore nel resto dell'UE). In senso opposto la prima decisione *au fond* e cioè Trib. Roma, 23/11/2016.

³¹ Così invece Dolmetta, *Sul transito dell'anatocismo bancario dal vecchio al nuovo regime*, in <http://www.ilcaso.it/articoli/791.pdf>, 12-3-2015, 4 ss.

³² Inesistente perché si trattava di una relazione su proposta di legge non approvata, anche se l'articolato (e non la relazione, ovviamente) è stato inserito nel citato art. 1, comma 629. Irrilevante perché l'intenzione del legislatore deve risultare dalla lettera della legge e non dai lavori preparatori (così anche Cass. civ. Sez. III, 14/03/2014, n. 5951, al punto 1.3.b della motivazione) che non ne fanno parte (essendo oggetto di approvazione solo la proposta di legge e non la relazione, nulla apprendiamo sulla "intenzione" dei singoli votanti a favore). Altrimenti ci sarebbe da chiedersi perché si ammetta ripetizione degli interessi non pattuiti per iscritto, quando la Relazione al Re sul codice civile dice che il relativo pagamento "costituisce adempimento di un'obbligazione naturale per cui non è ammessa ripetizione (art. 2034)" (n. 594).

³³ Documento per la consultazione, n. 1 e 2. Perfino Dolmetta, *12 osservazioni sulla riforma dell'anatocismo bancario. A margine della proposta di delibera CICR*, in <http://www.ilcaso.it/articoli/827.pdf>, 20-10-2015, 2 s., paventava il rischio del giudizio di incostituzionalità [direi più appropriato quello di disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo ex art. 5 legge n. 2248/1865, all. E], pur osservando "sul piano dommatico (*sic*)" che "la diversità di trattamento delle banche rispetto agli altri [trova] giustificazione sul piano della protezione della categoria dei clienti e pure nell'insistita ricerca di maggior professionalità delle imprese bancarie": e le categorie degli enfitteuti, degli erogatori di rendite, dei conduttori, dei licenziatari di

il conteggio degli interessi (presupposto per la loro esigibilità) veniva imposto su base almeno annuale (art. 4, comma 2) per conseguire “un grado di trasparenza delle condizioni economiche più elevato, poiché il tasso effettivo corrisponderebbe al tasso nominale annuo”³⁴. Il che, oltre a non essere vero a causa dell’estensibilità pattizia del periodo annuale e dell’introduzione di un ulteriore bimestre, a decorrenza incerta, per l’esigibilità dei medesimi interessi (art. 4, comma 4), induce a chiedersi perché allora non si imponga la periodicità annuale anche per i canoni di locazione, le rendite ecc.; e più in generale perché non si imponga uniformità nella produzione di qualsiasi genere di beni di consumo, raggiungendo dappertutto il massimo della trasparenza.

Ecco; proprio se si leggono questi ed altri consimili passi di quella bozza del CICR si comprende il gioco di rimessa delle banche che ha portato, con effetto dal 15 aprile 2016, alla terza formulazione dell’art. 120, comma 2 TUB (art. 17bis d.l. n. 18/2016 sulla riforma del credito cooperativo, smaltimento dei crediti in sofferenza ecc.)³⁵.

“Gli interessi debitori maturati... non possono produrre interessi ulteriori”: e come sarebbe stato pensabile incrinare un dettato della Banca d’Italia (art. 3 della bozza), pur in contrasto con il “tenore letterale della norma”, per fare “emergere pienamente lo scopo” della precedente riforma “in linea con le prime pronunce della giurisprudenza in materia”? “Salvo quelli di mora”, però: e quindi gli interessi maturati, esigibili ed impagati dovrebbero produrre comunque interessi, scaduto il termine (art. 1224, 1219, comma 2, n. 3 e 1182, comma 3 c.c.³⁶).

proprietà intellettuale ecc. non le proteggiamo, né stimoliamo ad una maggiore professionalità le loro controparti?

³⁴ Relazione sull’analisi di impatto, n. 2.

³⁵ Ecco il testo integrale: “2. Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

- a. nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti;
- b. gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell’anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l’addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l’autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l’addebito abbia avuto luogo”.

³⁶ Secondo la regola ritenuta valida per i crediti per fitti e pigioni, per i quali pure l’art. 1282, comma 2, subordina la produzione di interessi alla costituzione in mora: Cass. civ. Sez. III, 09/12/2014, n. 25853.

Nei conti correnti ed assimilati, salvo anticipata chiusura del rapporto, maturazione degli interessi al 31 dicembre di ogni anno, con esigibilità di quelli debitori differita di due mesi: l'aveva scritto la Banca d'Italia! Però si ammette la capitalizzazione di questi interessi, peraltro sempre revocabile da parte del cliente.

5. È tanto superfluo quanto inutile sottolineare lo squallore di un *iter* legislativo che procede da un colpo di mano (il citato art. 1, comma 629) al suo stravolgimento giudiziario, all'ingestione di questo da parte di un regolatore che va in realtà alla ricerca di consensi, ad un successivo rattoppo³⁷. Le vicende successive, infatti, si inseriscono a perfezione nel quadro.

Già dall'*incipit* della delibera attuativa CICR (*alias* Banca d'Italia) n. 343 del 3 agosto 2016 emerge un problema: pur essendo incaricato di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi "nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria" e pur includendo tale attività anche i rapporti tra intermediari, questi vengono esclusi dalla sua sfera di applicazione (art. 1, 1° trattino e art. 2, comma 1).

Dall'estremamente sintetico resoconto della consultazione pubblicato in contemporanea con la delibera³⁸, si desume che Banca d'Italia ritiene che l'art. 120, essendo inserito nel titolo VI del TUB che non si applica ai rapporti tra intermediari, ma soltanto a quelli tra i predetti soggetti e la (diversa) clientela, come del resto suggerisce la formulazione letterale che sempre distingue tra le due categorie, non legittimasse l'esercizio del potere regolamentare del CICR³⁹. In tal caso, ovviamente, il dominante ed erroneo bando giurisprudenziale dell'anatocismo colpisce inesorabilmente tutti i rapporti interbancari, mentre ogni altro aspetto della produzione di interessi in tali rapporti resta disciplinato dal diritto comune.

Dopo avere poi ripetuto, con il testo di legge, che "gli interessi debitori maturati, non possono produrre interessi, salvo quelli di mora" (art. 3, comma 1), l'art. 3, comma 2 della delibera stabilisce che "agli interessi moratori si applicano le disposizioni del codice civile", con ciò apparentemente recependo questa disciplina quanto a loro "modalità e criteri" (unico oggetto di "delega" al CICR). Nel citato resoconto di consultazione, però, una richiesta "di disporre che gli interessi di mora siano calcolati con cadenza annuale" veniva disattesa perché il testo dell'art. 120, comma 2, avrebbe "espressamente chiarito" che "gli interessi di mora non rientrano nel [suo] campo di applicazione".

Tale ultimo assunto è assolutamente infondato, perché il citato comma 2 demanda al CICR di stabilire "modalità e criteri per la produzione di interessi" e quindi di ogni tipo di interessi, compresi quelli di mora. Se poi il CICR ha ritenuto di rinviare a "modalità e criteri" che fossero previsti dal codice civile, questa è un'altra storia.

³⁷ Un processo ben descritto, seppure in termini edulcorati, da M. Porzio, *op. cit.*, 172.

³⁸ www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2015/proposta-delibera-cicr/Resoconto_consultazione.pdf

³⁹ Si legge nel resoconto: "I rapporti non coperti dalla delibera esulano dal potere regolamentare del CICR".

In proposito, però, il tema di fondo è un altro e precisamente se, evocando gli interessi di mora (come fa la legge) e le relative disposizioni del codice civile (come fa la delibera), si evochi o no anche l'art. 1283. E la risposta non può che essere nettamente negativa, perché lungi dal rappresentare un'implicazione del rinvio al codice civile⁴⁰ (comunque applicabile per quanto non diversamente disposto, a prescindere da qualsiasi rinvio), l'art. 1283 è posto direttamente fuori gioco dallo stesso art. 120, comma 2, lett. b) il quale, nel sancire che “gli interessi debitori maturati... non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora”, stabilisce positivamente - per effetto della doppia negazione (“non... salvo”) - che proprio “gli interessi” (debitori maturati) producono interessi, sol che vi sia mora, e perciò senza necessità di domanda giudiziale o di convenzione posteriore alla loro scadenza⁴¹.

Restano in ogni caso gli interrogativi: si curerà qualcuno della lettera della legge⁴²? Si può ritenere compatibile con la CEDU un trattamento degli interessi dei capitali peggiore di quello degli altri frutti civili, nonostante il denaro concesso in godimento a terzi renda possibile l'acquisizione da parte di questi di una qualsiasi fonte produttiva di detti altri frutti civili?

⁴⁰ Astuni, *Il rischio di elusione del divieto di anatocismo*, n. 3 (che probabilmente rappresenta la base di quanto apoditticamente affermato al precedente n. 1.5), reperibile all'indirizzo http://www.academia.edu/29069815/Il_rischio_di_elusione_del_divieto_di_anatocismo_dopo_la_delibera_CICR_3-8-2016?auto=download

⁴¹ Allo stesso risultato pervengono Maffei, *Scopo e ambito di applicazione della nuova normativa*, in *La nuova disciplina dell'anatocismo alla luce della delibera CICR*, Atti del Convegno, Milano, 30.9.2016, n. 6.1; Farina, *La (ennesima) resurrezione dell'anatocismo bancario*, in *Contratti*, 2016, 709.

⁴² “Se la legge non piace la si disapplica”, constatata tristemente un ex magistrato: M. Fabiani, *Per la qualità delle conoscenze giuridiche, tra nostalgia e tutela dei diritti*, in *Corr. Giur.*, 2016, 514.



Inadempimento e mutamento delle circostanze nei tentativi di codificazione del diritto privato europeo. Oltre il diritto comune europeo della vendita

di Massimiliano Granieri*

SOMMARIO: 1. Dal Diritto Comune Europeo della Vendita opzionale all'approccio imperativo settoriale. – 2. Tra idealismo e pragmatismo. Elementi di contesto e presupposti di un intervento normativo. – 3. Le patologie: inadempimento e mutamento delle circostanze. – 4. La disciplina dell'inadempimento. – 4.1 L'inadempimento grave. Alcuni ostacoli interpretativi. – 4.2 Segue. Inadempimento grave e affidamento. – 4.3 Inadempimento giustificato. – 5. Specifici obblighi di comunicazione. – 6. Mutamento delle circostanze. – 6.1 Ambito di applicazione della norma. – 6.2 Condizioni di applicabilità dei rimedi. In particolare, la prevedibilità degli eventi. – 6.3 I rimedi al mutamento di circostanze. In particolare, obbligo di rinegoziazione e intervento del giudice. – 7. Problematiche comuni ai due istituti nell'impianto originario del CESL. – 8. Conclusioni.

1. La ormai abbandonata Proposta di Regolamento per l'istituzione di un diritto comune europeo della vendita (passato alla storia con lo sfortunato acronimo CESL, coniato dal nome in lingua inglese di quella iniziativa) conteneva anche una disciplina generale sull'inadempimento e sul cambiamento di circostanze, che rappresentavano istituti centrali nell'elaborazione di un corpo normativo di diritto contrattuale europeo¹.

* Professore associato di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Brescia.

¹ La proposta originaria di regolamento era dell'11 ottobre 2011 [COM(2011) 635 def.] e si riallacciava direttamente alla Comunicazione del 2001 [COM(2001) 398] e al successivo Libro Verde [COM(2010) 348], ai quali hanno fatto seguito varie consultazioni. L'iniziativa non è isolata, ma si iscrive in un lungo percorso che passa anche per l'Action Plan della Commissione (del 2003) e si affianca all'idea di un Common Frame of Reference (ora a livello di Draft), che però resta un'iniziativa privata e soffre dell'incertezza connessa con la fonte formale mediante la quale siffatto strumento dovrebbe iniziare ad operare. Prima ancora che con il DCFR, lo stesso CESL concorre con un processo di armonizzazione dei diritti nazionali che è iniziato da molti anni; concorre, ma non lo completa, perché il proposito – come si vedrà – era quello di una vera e propria alternativa ai diritti nazionali. Senza considerare i vari PECL, il progetto di Pavia e la CISG (che pure riguarda esplicitamente la vendita internazionale di beni mobili), il CESL, come iniziativa, andava letto anche alla luce del Regolamento Roma I (nonché al Regolamento Roma II per quanto riguarda le dichiarazioni precontrattuali e la relativa responsabilità), al quale si farà riferimento (in dottrina, sullo

Come noto, nel Programma di Lavoro della Commissione europea per il 2015 (presentato il 16 dicembre 2014), il CESL appariva come sessantesimo elemento di una lunga lista di proposte ritirate. Tuttavia, la previsione del ritiro era da considerarsi tattica, perché la Commissione – nelle parole del vice presidente Frans Timmermans – intendeva riproporre il testo modificato (e significativamente ridimensionato rispetto alle ambizioni originarie), all'interno della iniziativa Digital Single Market, nel corso del 2015. Per vero, la posizione minimalista, di limitazione del CESL alle sole vendite on line – e, quindi, di rinuncia al progetto di farne uno strumento regolatorio per tutte le forme di contrattazione – era già stata assunta dal Parlamento europeo quando, il 26 febbraio 2014, aveva approvato con modifiche la proposta di testo della Commissione.

In ossequio ai nuovi propositi, e sulla scorta dell'esperienza pregressa, il 9 dicembre 2015 la Commissione europea ha presentato un nuovo pacchetto, composto da due Proposte di Direttiva, una relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni, e l'altra relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale². Nella comune relazione che accompagna le due Proposte, si dice espressamente che «queste due proposte si basano sull'esperienza acquisita durante i negoziati sul regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita» e che vengono recepite le limitazioni proposte dal Parlamento europeo.

Dai testi emergono alcune differenze significative rispetto al passato. Innanzi tutto, la Commissione rinuncia apertamente a quell'approccio generalizzante che aveva caratterizzato il CESL e che lo candidava ad un ruolo assai ambizioso (di cui si dirà tra un momento) nel quadro del diritto privato europeo. L'approccio è ora settoriale e puntualmente limitato a quegli aspetti della contrattazione che si sono dimostrati critici nel processo di creazione del mercato interno.

specifico punto, cfr. P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *European Review of Contract Law*, 2013, 615). Peraltro, benché Roma I sia uno strumento di diritto internazionale privato e non norma sostanziale, in più di un'occasione era lo stesso CESL che doveva ricorrere ai principi del diritto internazionale privato, smentendo forse in parte la pretesa di esaustività che avrebbe dovuto caratterizzare il regolamento nel disciplinare taluni aspetti del contratto di compravendita. Fiumi che invece di convergere sembrano allontanarsi, rendendo le prospettive di un diritto contrattuale europeo come il delta di un corso d'acqua che è vigoroso alla sorgente, ma che finisce per impaludarsi in prossimità della foce, come le successive vicende – di cui si dà conto nel testo – avrebbero inevitabilmente dimostrato. Tra i moltissimi contributi che si sono susseguiti a commento dell'iniziativa sul diritto comune europeo della vendita cfr. G. DE CRISTOFARO, *Il futuro 'Diritto comune europeo' della vendita mobiliare: profili problematici della proposta di regolamento presentata dalla Commissione UE*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 358; T. BALLARINO, *Verso una disciplina europea della vendita*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 341, nonché C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. privato*, 2012, 289.

² Rispettivamente COM (2015) 635 final e COM (2015) 634 final, 2015/0287(COD) del 9 dicembre 2015. L'uso ricorrente dell'espressione "determinati aspetti" nel titolo delle proposte depone chiaramente per un approccio non più generale, rispetto a quello della CESL.

In secondo luogo, il cambiamento di strategia – derivante dalla assunzione dell’iniziativa nel quadro del mercato unico digitale – ha comportato una parziale rivisitazione anche dei contenuti normativi, vincendo quella certa inerzia dinamica che caratterizza l’azione delle istituzioni europee, in forza della quale una volta che un processo si è avviato, bisogna portarlo a termine a tutti i costi³. E sempre all’insegna del mutamento di approccio, la differenza più vistosa è quella relativa alla natura dello strumento: non più regolamento, con previsione di un regime opzionale, ma direttiva di armonizzazione massima. Si tratta di un cambiamento radicale di impostazione e di una soluzione discutibile, della quale andranno comunque verificate le implicazioni.

Le disposizioni sull’inadempimento e il mutamento delle circostanze che comparivano nel CESL sono state modificate o eliminate; sarebbe stato difficile continuare a sostenere che, nell’economia di uno strumento di armonizzazione settoriale (giustificato sulla base della sussidiarietà) relativo ai contratti on line e a distanza, sia ancora necessaria una compiuta disciplina in materia di sopravvenienze, che dovrebbe invece normalmente caratterizzare la contrattazione tradizionale.

Certo è che, finora, il formidabile sforzo amministrativo della Commissione e la massiccia produzione scientifica che si era originata a partire dal CESL rappresentano costi spaventosi di un errore che più volte era stato segnalato circa l’opportunità di proseguire nella direzione intrapresa, sulla base di uno strumento opzionale⁴. Che si tratti di costi irrecuperabili, dipende da quanta parte dell’elaborazione e dell’esperienza saranno strumentali nel ritrovare la strada di un diritto europeo dei contratti, in vista del quale la Commissione aveva anche raccolto evidenze empiriche a supporto dell’iniziativa. E, invero, nella Relazione che accompagna le Proposte, si dice chiaramente che, anche al fine di evitare una frammentazione tra la disciplina dei contratti a distanza e quelli contestuali (o “faccia a faccia”, secondo l’espressione usata nei testi normativi), la Commissione prenderà le «misure opportune» per assicurare un quadro coerente.

³ È così del resto che si intasa il mercato di regole inutili e non chiare, che a loro volta genera il bisogno di altre regole. A questo percorso sono sempre funzionali gli Stati Membri, che si avvicendano nel semestre di presidenza e che vogliono far vedere di aver portato elementi innovativi alla loro agenda e aver raggiunto risultati (della qualità dei quali si occuperanno in uno degli indeterminati futuri semestri successivi gli altri).

⁴ In seno al Parlamento, Belgio, Germania, Austria e Regno Unito avevano espresso posizioni di dubbio circa la conformità della Proposta di Regolamento con il principio di sussidiarietà. Anche le associazioni di imprese e consumatori si erano mostrate critiche. Si veda: <http://asbl.unioncamere.net/images/stories/alassandra/diritto%20europeo%20dei%20contratti.pdf>

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/51_en.pdf

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/112_en.pdf

http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/254_it.pdf

In dottrina, la produzione è stata alluvionale; cfr., *ex pluribus*, ancora di recente J. PLAZA PENADES, L-M-MARTINEZ VELENCOSO (Eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Studies in European Economic Law and Regulation, Vol. 4, Springer 2015.

Dunque, non è affatto escluso che anche la parte del CESL che attualmente non trova spazio nelle Proposte possa essere recuperata e possa confluire in altri strumenti normativi. Questa opzione suscita alcuni interrogativi, primo fra tutti quello della coerenza tra le soluzioni che erano state prescelte in passato su inadempimento e mutamento delle circostanze e natura opzionale o imperativa dello strumento mediante il quale trovano ingresso nel diritto europeo dei contratti.

2. Il capo 9, parte IV, del CESL era interamente dedicato alle disposizioni relative all'inadempimento e al mutamento delle circostanze nel diritto comune della vendita. Le specifiche disposizioni sulle obbligazioni delle parti (venditore e compratore) seguivano in capi successivi e distinti⁵.

Il capo 9 era rubricato, significativamente, "disposizioni generali"; come si tenterà di dimostrare, proprio nella generalità delle disposizioni in parola (peraltro, soltanto quattro articoli, da 87 a 90) si celava probabilmente il più ampio disegno di una disciplina che, prendendo spunto dall'obiettivo pragmatico di fornire un sistema completo di diritto della vendita, aveva però l'ambizione ideale di assurgere a parte generale di un possibile – ancorché lontano – diritto europeo dei contratti⁶. Peraltro, mette conto di osservare che l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea, per effetto del referendum del maggio 2016, potrebbe persino semplificare il processo, perché in assenza di quel Paese la tradizione di civil law dovrebbe essere l'unica ad essere assecondata.

Dunque, il legislatore europeo aveva in animo di procedere per livelli di generalizzazione, ponendo al più basso le norme sulle caratteristiche invariabili delle singole fattispecie (es., obblighi del venditore) e a livello intermedio gli istituti suscettibili di un'applicazione generale (come, appunto, la disciplina dell'inadempimento o del mutamento di circostanze). Il disegno si sarebbe dovuto completare con l'edificazione del livello più alto, con norme generalissime di applicazione trasversale ai vari tipi contrattuali (es., formazione del contratto). In ossequio a questo disegno, mai dichiarato ma sin troppo evidente, le norme del livello intermedio, benché occasionate da un intervento specifico sulla vendita, avevano già una portata pre-cettiva molto ampia e si candidavano a fornire di contenuto proprio il futuro livello superiore.

⁵ Il capo 9 non aveva subito significative modifiche, rispetto al testo proposto nello studio di fattibilità, dal quale differiva soltanto per la rimozione dell'originario articolo 89, all'epoca rubricato "Cooperazione", espunto dal testo nella versione finale. Il Committee on Legal Affairs del Parlamento europeo [European Parliament, Committee on Legal Affairs, *Draft Report of a proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, COM (2011) 0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)] non aveva suggerito particolari modifiche alle disposizioni in commento, se si eccettua una minima aggiunta all'art. 88, comma 3, su cui cfr., *infra*, par. 5, nota 31.

⁶ Il percorso è descritto in G. DONADIO, *Diritto contrattuale comunitario e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, 649.

L'ambizione di queste previsioni di carattere generale – svanita alla luce del temporaneo cambiamento di strategia della Commissione – avrebbe raccomandato un uso estremamente preciso delle categorie giuridiche e dei termini definitivi. Infatti, l'architettura piramidale – nella quale le norme al più alto livello influenzano quelle inferiori⁷ – espone la costruzione concettuale al rischio che un'incertezza interpretativa finisca per riverberarsi su tutte le vicende applicative della norma, a prescindere dalle fattispecie tipiche rispetto alle quali dovesse trovare applicazione. Non si tratta di assicurare soltanto un impianto civilistico rigoroso, ma di fornire significati che siano compatibili con le varie tradizioni giuridiche europee e tali da scongiurare antinomie, nei limiti in cui ciò sia possibile in astratto, agevolando la scelta di chi avrebbe dovuto optare per il CESL. Vi è, però, il forte sospetto che – per ragioni che dovrebbero risultare più evidenti nelle pagine che seguono – le disposizioni in commento (peraltro centralissime nella codificazione di un nucleo generale) non diano quelle garanzie di chiarezza che la funzione raccomanda. Nell'ottica del possibile recupero postumo di quanto momentaneamente accantonato, le considerazioni che seguono debbono intendersi formulate a futura memoria, come suscettibili di adattamento alla fonte con cui le nuove disposizioni verranno introdotte, che certamente – vista l'esperienza – non sarà quella dello strumento opzionale.

Al fine di meglio comprendere la portata e le implicazioni di una disciplina dell'inadempimento e del mutamento di circostanze occorre ritornare sui presupposti dell'intervento normativo che la Commissione aveva messo in campo, a partire dall'argomento degli ostacoli al commercio transfrontaliero che deriverebbero dal concorrere di (ormai) 27 sistemi giuridici nazionali⁸. Si tratta di un'argomentazione che recupera quella che storicamente accompagnò, per mano di Karl Llewellyn, la scelta di predisporre un corpo uniforme da sottoporre agli Stati della Confederazione come Uniform Commercial Code e che si appuntò proprio su quella § 2-615 (in materia di *commercial impracticability*), ritenuta unanimemente una delle novità più significative dell'apparato normativo in questione⁹. Dunque, vi è una prova indiretta del fatto che, nei processi federativi o di creazione delle unioni regionali tra stati, il diritto dei contratti viene percepito storicamente come capace di svolgere una funzione di integrazione.

⁷ Questa costruzione piramidale tradisce un'impostazione dogmatica di sapore nemmeno troppo velatamente (e nostalgicamente) pandettistico, che però non può affidarsi ad un condiviso apparato concettuale com'era nella Germania di Puchta e di Windscheid.

⁸ Come ha notato P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 228, questa materia dei «rimedi e [delle] reazioni del sistema apprestati contro lo squilibrio delle prestazioni all'origine del contratto» è una di quelle per le quali l'urgenza della revisione era meno avvertita rispetto ad altri ambiti in cui l'evoluzione dei tempi avevo richiesto il cambiamento.

⁹ Il ruolo di Llewellyn nella formulazione della § 2-615 è ricordato da W.D. HAWKLAND, *The Energy Crisis and § 2-615 of the Uniform Commercial Code*, 79 *Com. L.J.* 75 (1974). La norma sulla *commercial impracticability* si ritrova anche nel Restatement (Second) of Contracts, § 261.

Dai dati empirici raccolti dalla Commissione emergeva chiaramente che la diversità di regime giuridico e i costi transattivi connessi sono un deterrente per le imprese, soprattutto medio-piccole¹⁰, e un serio ostacolo al commercio transfrontaliero. La conseguenza è negativa anche per i consumatori: ridotta concorrenza si traduce in scelta limitata e costi più alti, oltre che in rinuncia alle enormi potenzialità del commercio elettronico. Ma a livello sistemico, cioè che (ancora) preoccupa la Commissione è il fatto che le aree di insoddisfazione di consumatori e professionisti/imprese si traducono nel mancato completamento del mercato interno, verso il quale numerose iniziative di *policy* recenti stanno cercando di convergere¹¹.

Tradotto in linguaggio meno politico, tutto ciò significa che la Commissione si è resa conto dell'impatto che i costi di transazione hanno sullo sviluppo del mercato interno. Vi è un fallimento a livello di mercato delle regole contrattuali: istruirsi sul diritto straniero e predisporre contratti conformi alle norme altrui ha un costo eccessivo, che è tanto più elevato quanto minore è la probabilità che un evento si verifichi e che generi contenzioso. Si tratta evidentemente di considerazioni che, nella vita della relazione contrattuale, riguardano soprattutto eventi negativi e meno probabili, come sono in effetti le prospettive di inadempimento e quelle di disequilibrio del rapporto in conseguenza di eventi eccezionali sopravvenuti, ma che, al tempo stesso, finiscono per incidere negativamente sulla sfera giuridica ed economica della parte svantaggiata (che non è necessariamente il consumatore).

Se il costo transattivo eccede il beneficio sperato derivante dallo scambio, quest'ultimo non avviene. Ecco il fallimento: allo stato attuale il commercio tran-

¹⁰ Sulla scelta del legislatore europeo di estendere l'applicazione del CESL anche alle piccole e medie imprese, si veda in prima battuta R. DE HIPPOLYTIS, *La proposta di un diritto comune europeo della vendita: l'Europa anche dalla parte delle imprese «deboli»?*, in *Foro it.*, 2014, V, 270. La dottrina ha però ommesso di rilevare come il continuo riferimento alla piccola e media impresa nel CESL fa sempre riferimento alla definizione accolta nelle norme sugli aiuti di stato; dunque, a una disciplina settoriale che non necessariamente risponde alle esigenze avvertite in materia contrattuale. E, invero, la normativa sugli aiuti di stato contiene una definizione che, in realtà, contempla un ventaglio piuttosto diversificato di situazioni, alcune delle quali – in prossimità del limite dimensionale prescelto come elemento definitorio – difficilmente incarnano quel paradigma di soggetto debole e sprovveduto che non sa badare ai propri interessi a livello contrattuale. Sulla originaria definizione di piccola e media impresa nel diritto europeo cfr. R. CIPPITANI, *A proposito della definizione di «piccole e medie imprese» nel diritto comunitario*, in *Rass. giur. umbra*, 2004, 439, nonché S. AGOSTINI, *La nuova definizione comunitaria di Pmi*, in *Cooperative e consorzi*, 2005, 432.

¹¹ Ecco allora che il CESL, più che in scia con i vari strumenti che si sono seguiti nel tempo sul diritto europeo dei contratti, pareva più coerente con l'azione recente della Commissione volta a completare il mercato interno, rimuovendo gli ostacoli che prevengono l'esercizio di libertà fondamentali (come lo stesso testo della Proposta non manca di ricordare). In particolare, a partire dalla Comunicazione *Europe2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, la Commissione si è sistematicamente riproposta di eliminare i vari colli di bottiglia del mercato interno, attraverso (i) l'adattamento delle legislazioni nazionali al nuovo quadro dell'era digitale, favorendo la circolazione dei contenuti e (ii) la semplificazione delle attività negoziali per imprese e consumatori per quanto riguarda gli scambi con altri Stati membri e ciò in particolare attraverso clausole modello europee e il tramontato esperimento del diritto europeo opzionale dei contratti. I due punti sono espressamente previsti in COM(2010) 2020 final, del 3 marzo 2010, 21.

sfrontaliero – per ragioni di svantaggio che la Commissione riconnette alla concorrenza di molteplici ordinamenti stranieri – crea un valore che è interamente riassorbito dal costo della negoziazione.

La risposta che la Commissione aveva messo in campo non era di quelle che discendono logicamente dalle premesse e, anzi, appariva piuttosto controintuitiva, al punto da alimentare le critiche diffuse della dottrina e degli stati. La soluzione migliore avrebbe richiesto la creazione di un corpus di norme con le seguenti caratteristiche: (a) che fosse immediatamente applicabile all'interno degli ordinamenti statali (come fosse parte dell'ordinamento stesso); (b) che contenesse una disciplina "tendenzialmente" completa di tutti gli aspetti della vita del contratto, di modo che divenisse superfluo ricorrere alle discipline nazionali per il tramite delle norme di diritto internazionale privato (Roma I) le quali, sia pure in via residuale, avrebbero rimesso in pista i diritti nazionali¹²; e (c) che fossero rispettati i vincoli istituzionali per l'adozione a livello europeo di una soluzione simile (sussidiarietà e proporzionalità). Una volta reso disponibile ai contraenti siffatto corpo normativo, esso sarebbe stato 'scelto', con preferenza sui diritti nazionali applicabili, nel quadro di una sorta di concorrenza interna, esattamente come avviene per la Convenzione di Vienna¹³. Nel ragionamento della Commissione vi era una evidente ingenuità, in ordine al grado di accettazione del CESL, ma di questo occorrerà parlare diffusamente proprio con riguardo alle disposizioni in commento e, più nello specifico, rispetto alla disciplina del mutamento delle circostanze (cfr., *infra*, par. 6).

3. Anche nella prospettiva di un futuro intervento di ulteriore armonizzazione, occorre innanzitutto chiedersi se, dal punto di vista sistematico, abbia senso trattare l'inadempimento e il mutamento delle circostanze all'interno di uno stesso capo o sezione che, con riferimento ai rimedi a disposizione delle parti, avrebbe dovuto contenere norme generali. Di là dalla constatazione che si tratta di vicende patologiche dovute a cause successive alla conclusione dell'accordo (una volta si sarebbe

¹² Del resto, proprio le norme di diritto internazionale privato all'interno dell'Unione, benché uniformate per effetto del Regolamento Roma I, sono alla base del problema. Quando la vicenda contrattuale transfrontaliera coinvolge un consumatore, l'art. 6 di Roma I rende applicabile, in via dispositiva, la legge del luogo di residenza/domicilio del consumatore. Se le parti (o il predisponente) adottano una legge diversa, vi è ancora un margine di applicazione del diritto nazionale del consumatore. A dire della Commissione, quanto meno nei contesti negoziali consumeristici siffatta soluzione è fonte di costi soprattutto per le piccole e medie imprese.

¹³ Anche se va detto che l'art. 1 della Convenzione di Vienna sui contratti internazionali di vendita ricorda che si tratta di uno strumento opzionale, la cui applicazione discende residualmente – ma non per questo in maniera irrilevante – dall'applicazione delle norme di diritto internazionale privato. In giurisprudenza, per la riaffermazione di questo principio, cfr. già A. Milano 20 marzo 1998, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1998, 170, nonché Coll. arb. internaz. Vienna 15 giugno 1994, in *Riv. arbitrato*, 1995, 543, con nota di A. VENEZIANO, *La convenzione sulla vendita internazionale e i principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali, in due recenti lodi della corte arbitrale della camera di commercio di Vienna.*

detto che pertengono al sinallagma funzionale) e che l'esito può essere analogo nei due casi (risoluzione del rapporto), inadempimento e mutamento delle circostanze sono vicende diverse soprattutto nella prospettiva dei contraenti che le devono regolare¹⁴.

È ragionevole dedurre (anche) da questa soluzione che il legislatore europeo, come si diceva in apertura (par. 2), intendesse idealmente predisporre una parte generale, proponendo una disciplina da far valere anche per ulteriori fattispecie tipiche che dovessero divenire in futuro oggetto di regolazione. Proprio in ragione di questo obiettivo, ciò che è più generale (la definizione) va premesso a ciò che è più specifico e questo spiega perché, a livello di tecnica redazionale, le norme sull'inadempimento e sul mutamento di circostanze – a differenza delle soluzioni presenti nei codici e in altri corpi di diritto uniforme – precedessero, anziché seguire, l'indicazione degli obblighi delle parti. A ben riflettere, si tratta di un metodo di inversione logica, che parla di patologie senza aver prima chiarito a quali comportamenti e circostanze si riferiscono. Non è soltanto un fatto di stile; come si vedrà, infatti, in più di un'occasione questa scelta sarebbe stata fonte di difficoltà interpretative perché avrebbe costretto (come in effetti costringeva) a una lettura, tutt'altro che lineare, fatta di salti in avanti e di ritorni¹⁵.

La sola lettura del capo 9 non avrebbe consentito di avere la visione generale delle patologie; occorre rivolgersi ai ben più corposi capi 11 e 13 per conoscere quali sono i rimedi a disposizione del compratore e del venditore di fronte all'inadempimento delle obbligazioni di controparte. Di per sé, la funzione del capo 9 appariva semplicemente introduttiva e definitoria; dalle quattro disposizioni che lo componevano si diramavano fili che volutamente riconnettevano le relative norme ad altre parti del CESL, la cui lettura appariva indispensabile alla comprensione della trama complessiva. È evidente che, espungendo una disciplina dell'inadempimento e del mutamento di circostanze così congeniata dal corpo organico cui essa appartiene inizialmente e al quale rinvia costantemente, è necessario ripensare l'impianto complessivo. Resta, tuttavia, ancora da valutare se le soluzioni accolte – di là dal contesto – avessero un qualche pregio che ne giustifichi in futuro il riuso anche a costo della rinuncia all'impianto sistematico che la Commissione aveva immaginato.

4. Nella disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni che fanno capo alle parti, il CESL rispondeva a una sistematica diversa rispetto, per esempio, a quella

¹⁴ È chiaro che, invece, se si guarda come eventi che possono portare alla cessazione del rapporto, la scelta è condivisibile, perché dimostra che il CESL non seguiva soltanto una logica compilativa, ma anche sistematica, almeno per gli aspetti di cui si tratta.

¹⁵ I membri delle Law Commissions inglesi e scozzesi avevano lamentato le difficoltà di lettura per i giuristi di *common law* e i profili di complessità del testo. Un problema, verrebbe da chiosare, che il referendum del 2016 sulla Brexit potrebbe aver risolto alla radice, ancorché in maniera inattesa.

della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, che prima individua le obbligazioni delle parti e poi dispone i rimedi (art. 45 ss.). Non c'è nella Convenzione di Vienna una definizione di inadempimento, che si evince dall'art. 45 come non esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi che derivano alle parti dal contratto o dalla Convenzione stessa.

Al contrario, l'art. 87 del CESL forniva un'ampia definizione di inadempimento dell'obbligazione e non semplicemente del contratto (di vendita). Mostrava, quindi, un ulteriore livello di generalizzazione nelle previsioni relative all'inadempimento oppure, in modo meno commendevole, confondeva i profili, come anche in altre occasioni del testo. L'inadempimento dell'obbligazione veniva descritto come qualsiasi difetto nell'esecuzione della prestazione, giustificato o meno. Lo stesso art. 87, comma 1, specificava cosa è incluso nella nozione (lett. (a) – (f)). Si trattava di una previsione non tassativa, come si evinceva dal tenore della successiva lett. (f), il quale faceva genericamente riferimento a qualunque altra esecuzione (difettosa) della prestazione, intesa anche qui come non conforme a quanto previsto nel contratto. A differenza dell'art. 45 della Convenzione di Vienna, la nozione di conformità era riferita soltanto alle norme contrattuali e non anche alle disposizioni dello stesso CESL. Si trattava probabilmente di una lacuna, posto che, nella misura in cui un obbligo delle parti discendeva da una norma del CESL, il comportamento non conforme sarebbe stato comunque condotta di inadempimento¹⁶.

Le lettere da (a) ad (e) dell'art. 87 elencavano prestazioni oggetto di obbligazione derivanti dal contratto di vendita di beni – mancata o tardiva consegna o consegna di beni non conformi a quanto previsto dal contratto; lett. (a) e (c)¹⁷ – e dal contratto di fornitura di contenuto digitale (mancata o tardiva fornitura e fornitura di contenuto digitale non conforme a quanto previsto nel contratto; lett. (b) e (d)). Naturalmente, doveva ricomprendersi nella mancata fornitura del contenuto digitale la fattispecie di mancata attivazione del servizio di accesso, che è una delle modalità tipiche di fornitura del contenuto digitale. Per tutte le fattispecie, inoltre, era contemplato il mancato o tardivo pagamento del prezzo (lett. (e)).

Per effetto dell'art. 147, tutto il capo 9 trovava applicazione anche nei contratti di servizi connessi alla vendita e alla fornitura di contenuti digitali, anche se la lett. (e) da ultimo citata sarebbe stata in grado già da sola di estendere anche a quelle prestazioni accessorie le disposizioni sull'inadempimento. Nel quadro attuale delle Proposte, il riferimento alla disciplina del mutamento di circostanze manca, a conferma della natura non generale dell'intervento, rispetto al disegno originario incarnato dal CESL.

¹⁶ Se non colmata dal legislatore europeo per tempo, la lacuna sarebbe stata risolta in via interpretativa, senza troppi problemi.

¹⁷ Anche in questo caso, però, è necessario saltare alle disposizioni degli art. 99 ss. per comprendere con precisione cosa si intenda per conformità al contratto, anche in rapporto alla fornitura di contenuti digitali.

Chiarito il significato di inadempimento, nel CESL era possibile rinvenire una serie di qualifiche riferibili all'adempimento e all'inadempimento, in corrispondenza delle quali erano previste specifiche conseguenze all'interno delle altre norme. Queste qualifiche riguardavano:

La gravità dell'inadempimento (v. art. 109, comma 4, lett. (c); art. 114; art. 134; art. 136).

Il carattere giustificato o ingiustificato dell'inadempimento (art. 87, comma 1; art. 106, comma 4; art. 131, comma 2; art. 159; art. 166, comma 1).

Il carattere temporaneo o definitivo dell'inadempimento (art. 88, comma 2; arg. ex art. 89).

Il carattere impossibile dell'adempimento (art. 110, comma 3, lett. (a); art. 111, comma 1).

Il carattere lecito o illecito dell'adempimento (anche se, più correttamente, la liceità è l'illiceità sono da riferirsi alla prestazione) (art. 110, comma 3, lett. (a); art. 111, comma 1).

Il carattere tempestivo o la tardività dell'adempimento, che in alcuni casi configura vero e proprio inadempimento (art. 87, comma 1, lett. (e); art. 95; art. 115; art. 135).

Come evidente sulla base dei rinvii sopra ricordati, quella disciplina era fortemente legata al contesto e, almeno in linea di principio, difficilmente isolabile da quello. Il che fornisce una prima indicazione sul livello di complessità che si dovrebbe fronteggiare volendo recuperare in maniera chirurgica le disposizioni in commento.

4.1 Quanto alla gravità dell'inadempimento – come causa della risoluzione del contratto – era lo stesso art. 87 a fornire un'indicazione, declinandola secondo due significati. In un primo caso, veniva considerato grave l'inadempimento che priva in modo sostanziale la controparte di quanto ad essa spettante in base al contratto (lett. (a)), salva la precisazione di cui si dirà tra qualche riga. In una seconda accezione, era grave l'inadempimento se esso rende manifestamente impossibile qualsiasi affidamento sul futuro adempimento della parte inadempiente (lett. (b)). Sol tanto l'inadempimento grave giustificava la risoluzione del contratto ex art. 114 (per inadempimento del venditore) e 134 (per inadempimento del compratore). Sarebbe stato dunque importante stabilire con esattezza quali fossero i presupposti della gravità.

L'inadempimento era considerato grave, come detto, se l'altra parte è privata "sostanzialmente" di quanto le spetta in base al contratto. Va da sé che l'uso dell'avverbio rimandava sia alle norme specifiche dei capi successivi (che individuavano le obbligazioni delle parti), sia inevitabilmente all'interpretazione di giudici e arbitri, ponendosi la relativa questione come *quaestio facti*¹⁸.

¹⁸ È questa una prima occasione di intervento del giudice sul contratto, che i giuristi della Law Commission inglese e scozzese vedevano come particolarmente rischiosa e tale da dissuadere le parti dal regime opziona-

Per la verità, la norma mitigava la previsione perché l'inadempimento era configurato come grave nell'ipotesi sopra descritta «salvo che – aggiungeva il legislatore –, al momento della conclusione del contratto, la parte inadempiente non abbia previsto, né fosse ragionevolmente tenuta a prevedere tale risultato»¹⁹. L'eccettuativa di cui si tratta appariva di difficile interpretazione, soprattutto per il riferimento a “tale risultato”, perché il risultato imprevedibile poteva essere sia quello oggetto dell'obbligazione (di risultato, appunto), sia la circostanza che l'inadempimento avrebbe privato in maniera sostanziale l'altra parte dell'utilità attesa (dunque, il risultato come lo stesso inadempimento grave).

Tutte e due le interpretazioni possibili circa il significato dell'espressione avrebbero condotto a un esito inaccettabile, soprattutto perché la gravità dell'inadempimento dovrebbe avere carattere oggettivo, anziché essere rimessa a valutazioni anche soggettive (benché basate sulla ragionevolezza) di una delle parti e, nello specifico, paradossalmente proprio di quella inadempiente. Invero, se si accetta l'idea che la disposizione facesse riferimento a obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati (categorie che pure il testo della CESL conosceva; cfr. la rubrica dell'art. 148: obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi), allora la scriminante per la gravità dell'inadempimento sarebbe stata rimessa alla giustificata – in quanto ragionevole – mancata previsione ad opera della parte inadempiente del risultato alla quale essa era tenuta. Circostanza ancora più inverosimile, perché la mancata previsione sarebbe dovuta risalire al momento della conclusione del contratto, quando le parti hanno chiaramente identificato le rispettive prestazioni e la natura delle obbligazioni è ormai chiara.

Al contrario, se il risultato imprevedibile era riferito alla misura sostanziale dell'inadempimento – e, dunque, dalla misura della frustrazione che subisce l'interesse di controparte – sarebbe come dire, *a contrario*, che l'inadempimento non è grave quante volte sia invece (ragionevolmente) prevedibile che l'impatto sulla controparte dell'inadempimento è soltanto limitato e, dunque, il relativo rischio accettabile per la parte onerata. Quest'ultima interpretazione sarebbe stata contraria, però, all'obbligo di agire in buona fede e correttezza previsti dall'art. 2 e avrebbe dato in ogni caso una eccessiva discrezionalità ai contraenti circa l'esecuzione delle prestazioni, confondendo in modo serio la nozione di gravità dell'inadempimento con la possibilità che esso sia anche giustificato (cfr. art. 88)²⁰. Peraltro, la confusio-

le. Il Sales of Good Act inglese sarebbe più impermeabile alle possibili incursioni giudiziarie.

¹⁹ La soluzione era analoga a quella adottata nella Convenzione di Vienna all'art. 25 per la definizione dell'inadempimento grave (*fundamental*), che è escluso se la parte inadempiente non ha previsto o non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere, nelle medesime circostanze e condizioni, il risultato.

²⁰ Vi erano numerose ipotesi normative in cui le parti sono tenute a obblighi di comunicazione (cfr., per esempio, l'art. 152, sull'obbligo di segnalare costi imprevisi o antieconomici), che informano il rapporto alla correttezza e che consentono di ritenere come non perfettamente conforme a buona fede il comportamento della parte inadempiente che è in grado di conoscere l'importanza dell'adempimento e che non adegua la propria condotta a siffatta previsione.

ne tra la natura oggettiva e sostanziale della perdita che subisce la parte non inadempiente e i profili soggettivi connessi alla prevedibilità del risultato ad opera della parte inadempiente al momento della conclusione del contratto rischiava di compromettere l'interpretazione dell'avverbio "sostanzialmente", che valeva a conferire una dimensione oggettiva alla valutazione di gravità. Prima di tutto perché la misura sostanziale della previsione non sarebbe dovuta dipendere dallo stato soggettivo del contraente inadempiente; in secondo luogo, perché non si può escludere *a priori* che l'importanza di una certa prestazione per l'avente diritto sia aumentata o diminuita tra la conclusione del contratto e il momento previsto per l'esecuzione della prestazione.

La difficoltà interpretativa appena descritta pare derivare dalla sovrapposizione di due profili, che restano distinti all'interno di altri corpi normativi e, in particolare, all'interno delle legislazioni nazionali, ma che anche il legislatore europeo conosceva (cfr. art. 161). Il concetto di prevedibilità nella materia dell'inadempimento delle obbligazioni è contenuto nelle previsioni relative al risarcimento del danno²¹. L'art. 1225 del codice civile italiano – e tutte le norme nazionali che fanno riferimento a soluzione analoga²² –, al di fuori delle ipotesi di inadempimento o ritardo imputabile al debitore a titolo di dolo, limita il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta, cioè, normalmente, al momento della conclusione del contratto. Dunque, i profili che restano distinti sono quelli della gravità dell'inadempimento – che è basata su fatti oggettivi e sostanziali e che è tale da giustificare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno – e quelli relativi alla misura del risarcimento, che, come soluzione dispositiva, non si estende normalmente ai danni consequenziali e connessi, come prevedeva anche l'art. 161 del CESL.

Tanto per avere una ulteriore conferma delle difficoltà interpretative circa la gravità dell'inadempimento, sarebbe bastato provare ad applicare la disposizione in commento alla fattispecie di inadempimento per non conformità dei beni al contratto, prevista dall'art. 87, comma 1, lett. (c) e (d) e disciplinata poi all'art. 99. Se il bene non viene consegnato, l'inadempimento è senz'altro grave. Se il bene viene consegnato in quantità diversa da quanto previsto (art. 99, comma 1, lett. (a)), la gravità dipende – verosimilmente – dalla differenza tra la quantità stipulata e quella consegnata e dall'impatto che siffatta differenza ha sulla sfera del compratore. Nel disegno originario del CESL, la misura "sostanziale" della privazione non è soltanto

²¹ Per una prospettiva di confronto sulla prevedibilità tra la dimensione civilistica e quella del diritto internazionale pattizio cfr. il recente contributo di M. TESCARO, *La prevedibilità del danno tra codice civile e convenzione di Vienna*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2014, 690.

²² Come noto, l'art. 1225 c.c. ripete analoga disposizione del codice civile francese, in quanto diretta importazione delle §§ 159-60 del *Traité des obligations* di Pothier (cfr. J. GORDLEY, «Common law» vs. «civil law». *Una distinzione che va scomparendo?*, in *Atti di una conferenza alla Scuola Superiore S. Anna, Pisa, 23 marzo 1992*, (s.l.), 1992). Negli ordinamenti di *common law* la regola è espressa da *Hadley v. Baxendale* [156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854)].

una circostanza quantitativa, posto che anche una minima differenza (per esempio, sul momento dell'adempimento) può arrecare un danno grave al compratore. Certamente, il giudizio sulla misura sostanziale, o non, della privazione avrebbe richiesto un confronto con la fattispecie concreta, o in modo oggettivo o in base alle aspettative della parte che avrebbe dovuto ricevere la prestazione corretta; non in base alle previsioni della parte inadempiente (il riferimento alla quali può divenire strumentale e pretestuoso in fase contenziosa), come sembra volesse la norma²³.

Si possono avanzare dubbi sul fatto che il legislatore europeo avesse attentamente valutato i rischi di antinomia che avrebbero potuto verificarsi quanto meno nei casi in cui il risultato dell'inadempimento fosse tale da privare indiscutibilmente il creditore dell'utilità attesa, ma ciò non era prevedibile ad opera del debitore nel momento della conclusione del contratto. Non è accettabile che la prevedibilità operi come scriminante per il debitore e nell'impossibilità di ricostruire la previsione complessiva dell'art. 87, comma 2, lett. (a), sarebbe stata raccomandabile un'opzione interpretativa che considerasse come sempre verificata la condizione di previsione o ragionevole prevedibilità della gravità dell'inadempimento da parte del debitore.

A complicare ulteriormente il quadro interpretativo della disposizione in commento interveniva l'art. 114, comma 2, dove era previsto che nei contratti tra professionista e consumatore, se l'inadempimento è dovuto a difformità dei beni rispetto al contratto, il consumatore può risolvere il contratto, «salvo che l'inadempimento sia di scarsa importanza». Quest'ultima previsione pareva introdurre una distinzione ulteriore in seno alla categoria dell'inadempimento, che sarebbe stato pertanto grave, non grave e, come sotto specie di quest'ultimo, di scarsa importanza. Mentre l'eccettuativa di cui all'art. 87, comma 2, lett. (a), sarebbe servita a stabilire quando l'inadempimento è grave, restava da capire se, interpretando *a contrario*, si sarebbe ottenuto un inadempimento non grave o uno di scarsa importanza e quali sarebbero state le conseguenze nei due casi.

Un ulteriore fattore di complicazione nel tentare di chiarire i presupposti della gravità dell'inadempimento si coglieva confrontando gli art. 116 e 136, facenti riferimento alla risoluzione per inadempimento anteriore alla scadenza, rispettivamente ad opera del compratore e del venditore. Il minimo che si possa osservare è che le due disposizioni non erano identiche. Nei due casi la risoluzione anticipata era possibile o a fronte della dichiarazione di controparte (resa prima della scadenza del termine) che non avrebbe adempiuto, ovvero nel caso in cui risultava evidente che l'adempimento non avrebbe avuto luogo. Solo che, nel caso della risoluzione ad opera del compratore, era necessario che il previsto inadempimento fosse tale da giustificare la risoluzione, mentre nel caso in cui la risoluzione era ad opera del venditore il previsto inadempimento doveva essere grave. Dunque, l'art. 116 faceva riferimento alla categoria dell'inadempimento giustificato (art. 88, comma 1), mentre

²³ In termini economici si direbbe che l'informazione circa l'importanza dell'adempimento è distribuita asimmetricamente e non osservabile (né verificabile), quanto meno al momento della conclusione del contratto.

l'art. 136 a quella dell'inadempimento grave (art. 87, comma 2). Naturalmente, è nella piena discrezionalità del legislatore europeo riconnettere la risoluzione anticipata a presupposti diversi per le diverse tipologie di contraente, così introducendo un fattore di asimmetria tra le parti. Quando, però, si guarda alla gravità dell'art. 136, ogni tentativo di rintracciare un significato coerente di inadempimento grave svanisce definitivamente.

La prima disposizione in cui si parlava di inadempimento grave era l'art. 87, comma 2, lett. (a); veniva definito grave l'inadempimento quando esso è tale da privare una parte sostanzialmente di quanto le spetta in base al contratto, salvo che, al momento della conclusione del contratto, la parte inadempiente non abbia previsto o fosse ragionevolmente tenuta a prevedere un tale risultato. Nel caso di inadempimento del compratore, qualora risultasse evidente al venditore (prima della scadenza del termine d'adempimento, ma dopo la conclusione del contratto) che l'adempimento non avrebbe avuto luogo e che tale mancato adempimento lo avrebbe privato in modo sostanziale dell'utilità attesa, egli avrebbe potuto chiedere la risoluzione. Se però si mettono assieme le due norme, occorre riconoscere che la pretesa di anticipata risoluzione poteva essere paralizzata, mancando il presupposto della gravità, se il compratore non era tenuto a, o non avrebbe ragionevolmente potuto, prevedere che il suo (futuro) inadempimento sarebbe stato tale da privare l'altra parte in modo sostanziale dell'utilità connessa alla prestazione.

Difficile attribuire il corretto significato alla disposizione relativa alla qualifica di gravità dell'inadempimento; è evidente che di là dalla definizione iniziale – che pure avrebbe richiesto ben altra accuratezza – quando si calava la disposizione generale (che precede) all'interno delle fattispecie concrete (che seguono) la tecnica normativa rivelava tutti i suoi rischi e tutta la sua approssimazione. Già sulla base di questo semplice indice, il tentativo di premettere una parte generalissima a norme relative a fattispecie tipiche risultava più complesso di quanto il legislatore europeo avesse immaginato, o avrebbe dovuto "ragionevolmente immaginare", quando si accingeva a predisporre il CESL.

4.2 L'art. 87, comma 2, lett. (b), prevedeva un indice alternativo di gravità dell'inadempimento, rappresentato dal fatto che il singolo adempimento rende manifestamente impossibile qualsiasi affidamento sul futuro adempimento della parte inadempiente²⁴. Sul piano formale, la terminologia utilizzata non era priva di qualche ambiguità. Il requisito della manifesta impossibilità introduceva una soglia elevata di verifica della gravità; rilevava, infatti, che la impossibilità di fare affidamento sul futuro adempimento fosse manifesta, come se essa dovesse essere oggettivamente

²⁴ L'art. 109, comma 4, lett. (b) stabiliva che in presenza di un inadempimento tale da compromettere l'affidamento sulla correttezza della futura prestazione il compratore potesse respingere l'offerta di correzione da parte del venditore.

riscontrabile dall'esterno del contratto²⁵. Per il giurista italiano, è immediato il richiamo che può farsi all'art. 1564 c.c., in materia di somministrazione, dove si parla di inadempimento di "notevole importanza" e tale da minare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti²⁶.

Inoltre, l'utilizzo della terminologia che porta alla configurazione dell'inadempimento grave rispetto all'esecuzione continuata o periodica avrebbe richiesto un coordinamento con quello in materia di eccezione di inadempimento. L'art. 113, comma 2, e l'art. 133, comma 2, disponevano infatti che una parte (rispettivamente il compratore e il venditore) potesse sospendere la prestazione quando era ragionevolmente presumibile che l'altra non avrebbe adempiuto nei termini prefissi. Occorre qui chiedersi se la diversità di presupposti tra la configurazione di un inadempimento grave (che quindi avrebbe giustificato la risoluzione) e l'eccezione di inadempimento (che avrebbe portato alla sospensione nell'esecuzione della controprestazione) fosse voluta, ovvero fosse la conseguenza – ancora una volta – del mancato coordinamento tra le previsioni generali e quelle speciali. Sul punto si tornerà parlando di inadempimento temporaneo (art. 88, comma 2).

Di là dalla terminologia usata per la corretta definizione della gravità dell'inadempimento, la disposizione in commento estendeva la portata generale delle relative previsioni a tipologie contrattuali diverse dalla vendita come contratto consensuale istantaneo. È ciò non sorprende, perché già in altre parti del CESL si faceva riferimento a contratti con prestazioni da eseguire in modo continuato o periodico (cfr. art. 77), ivi compresi i contratti aventi ad oggetto i servizi connessi, data l'ovvia natura continuativa di talune prestazioni accessorie (per esempio, l'aggiornamento del contenuto digitale fornito in base al contratto). Restavano esclusi, almeno sulla base della lettera della norma (che parlava di "qualsiasi" futuro adempimento), soltanto i contratti di vendita con unica consegna differita (cfr., per esempio, art. 103), cioè per i quali non era prevista ripetizione della prestazione.

Dunque, anche con riferimento alla disposizione in commento, tornava il proposito di incrementare il quadro delle norme generali e delle definizioni applicabili a fattispecie ulteriori rispetto alla vendita. Nel confronto con il diritto italiano e con le vicende che hanno preceduto la codificazione del 1942, occorre prendere atto che l'utilizzo di una disposizione che richiamava le obbligazioni a esecuzione continuata o periodica sarebbe andato oltre il semplice riferimento al contratto di vendita e si sarebbe candidato a una vocazione ancora più generale, potendo ricomprendere

²⁵ Cioè verificabile da terzi, in senso economico, oltre che semplicemente osservabile dalle parti.

²⁶ Occorre andare alla casistica per la verifica di cosa intende la norma. Per esempio, T. Cagliari 18 maggio 1998, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 33, ha ritenuto grave e compromissorio della fiducia l'inadempimento del somministrante che ha fornito latte annacquato. Non è detto che i riferimenti alle normative nazionali, pur spontanei ed immediati per il giurista domestico, costituiscano un'opzione interpretativa corretta, posto che è il diritto europeo a fornire un criterio guida per i diritti nazionali, e non viceversa, in base ai principi che regolano il primato del diritto europeo su quelli nazionali.

anche tutte le fattispecie che si è soliti ricondurre alla categoria dei contratti di durata²⁷.

4.3 A differenza dell'art. 87, che aveva finalità meramente definitorie, l'art. 88 presentava un contenuto precettivo molto preciso, in quanto era ad esso affidata la declaratoria delle condizioni di imputabilità dell'inadempimento. La disposizione contemplava due fattispecie: (i) l'inadempimento (per fatto sopravvenuto ed) estraneo alla sfera di controllo della parte obbligata e che questa non era ragionevolmente tenuta a prevedere al momento di conclusione del contratto o che non era tenuta a evitare o aggirare («sormontare!»), anche con riguardo alle sue conseguenze; (ii) inadempimento solo temporaneo in quanto causato da un impedimento di natura transitoria.

La giustificazione dell'inadempimento ricorreva in presenza di due elementi congiuntivi, potrebbe dirsi, uno di natura oggettiva (l'estraneità dell'elemento impeditivo alla sfera della parte obbligata) e uno di carattere soggettivo (l'imprevedibilità o, meglio, la non prevedibilità sulla base di uno sforzo ragionevole).

Relativamente all'obbligo di ragionevole previsione degli impedimenti all'adempimento, per il significato della ragionevolezza occorre rifarsi all'art. 5 del CESL e da quest'ultima disposizione si evinceva la necessità di un accertamento oggettivo, con riferimento a una serie di elementi colà indicati (natura e scopo del contratto, circostanze della fattispecie, usi e pratiche vigenti). Ne consegue che la prova della non imputabilità doveva essere data in maniera rigorosa, provando l'estraneità dell'impedimento alla sfera soggettiva di controllo della parte obbligata e, per l'appunto, l'impossibilità di prevedere siffatto impedimento (o le sue conseguenze), obbligo di previsione che avrebbe potuto riferirsi tanto al fatto in sé ostativo dell'adempimento, o alla sua evitabilità o rimediaibilità, quanto a quella delle sue conseguenze.

Quanto all'inadempimento temporaneo, l'art. 88, comma 2, stabiliva, in linea di principio, che la natura temporanea di esso (o, più correttamente, della causa che impedisce la corretta esecuzione della prestazione dovuta) sarebbe valsa come causa di giustificazione²⁸. Tuttavia, non venivano fornite indicazioni ulteriori per qualifi-

²⁷ Categoria fluida e dai contorni ancora incerti. Per esempio, Coll. arb. 6 aprile 1995, in *Riv. giur. sarda*, 1996, 707, stabilì che il riconoscimento della natura giuridica di somministrazione continuativa di beni non esclude l'applicabilità al contratto stipulato tra le parti delle norme che regolano l'appalto d'opera ovvero di servizi, in quanto compatibili. È chiaro che alla sfera precettiva della norma avrebbe potuto attrarsi l'appalto (che la dottrina non ha problemi a ricondurre a fattispecie di durata; cfr., sul punto, S. PATTI, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto d'opera*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 521). In generale sui contratti di durata e sui problemi definitori sia consentito rinviare a GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

²⁸ Posto che la disciplina del CESL avrebbe dovuto trovare applicazione anche ai contratti per il *cloud* (cioè quelli in cui il contenuto digitale è erogato con questa particolare architettura tecnologica), sarebbe stato interessante – e lo sarà comunque nella prospettiva del diritto europeo – verificare se le norme sull'inadempimento temporaneo sono compatibili con le esigenze dei fornitori e, soprattutto, con la loro particolare posizione giuridica. Infatti, l'erogazione del contenuto dipende molto spesso da una disponibilità di risorse

care la natura temporanea dell'inadempimento e ciò avrebbe consentito paradossalmente di concludere che vi fosse giustificazione anche là dove la causa di impedimento temporaneo *non* sia del tutto estranea alla sfera della parte obbligata. Ostava a siffatta interpretazione la definizione di inadempimento giustificato di cui al primo comma, che faceva riferimento indiscutibilmente a fatti estranei alla sfera di controllo della parte. Quindi, l'impedimento temporaneo, perché non fosse considerato grave, doveva essere anche causato da fatti sui quali la parte obbligata non aveva controllo.

La seconda frase del comma 2 rimetteva alla parte avente diritto alla prestazione la possibilità di considerare il ritardo come inadempimento grave qualora sussistessero i requisiti di gravità stabiliti all'art. 87, comma 2. Occorre, però, chiedersi se non si potesse considerare grave l'inadempimento temporaneo in circostanze oggettive, come evidentemente almeno in tutti i casi di scadenza del termine essenziale, a prescindere da una valutazione dell'avente diritto alla prestazione. Una interpretazione siffatta sarebbe stata supportata dall'art. 115, in materia di consegna tardiva. Al comma 1 si parlava, infatti, di un ritardo nella consegna (chiaramente un inadempimento temporaneo) «che non sia grave in sé»²⁹. Solo là dove il ritardo non fosse grave di per sé sarebbe possibile per il compratore procedere alla diffida ad adempiere, qualora siffatta eventualità avesse soddisfatto un interesse all'adempimento. Diversamente, sarebbe stato necessario concludere che la gravità in sé del ritardo qualifica l'inadempimento come grave, ai sensi dell'art. 114, giustificando la risoluzione.

5. L'art. 88, comma 3, tentava probabilmente di codificare un comportamento ispirato a correttezza, vale a dire di comunicazione senza giustificato ritardo all'altra parte della sussistenza di un impedimento (che risponda alle caratteristiche previste) e dei suoi effetti sulla capacità di adempimento.

che risiedono nel *cloud* e delle quali il fornitore si avvantaggia mediante contratti con i titolari della capacità e/o dell'infrastruttura tecnica. Dunque, la continuità della fornitura dei contenuti digitali dipende da quella che il fornitore si assicura con i contratti interprofessionali a monte, nei quali i profili di responsabilità sono regolati da complessi *Service Level Agreement* (SLA). A proposito dei contratti per l'accesso al *cloud*, la dottrina anche italiana inizia a riflettere sull'inquadramento della fattispecie, a partire da A. MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione delle imprese di servizi di cloud computing*, in *Contratto e impr.*, 2012, 1216, che offre una ricostruzione e un confronto con l'*outsourcing*. Cfr. anche G. NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e dir. privato*, 2014, 577; M.C. DE VIVO, *Il contratto ed il cloud computing*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1001. Più specificamente, sulla applicazione del CESL a queste fattispecie, cfr. C. CASTRO, C. REED, R. DE QUIEROZ, *On the Applicability of the Common European Sales Law to some Models of Cloud Computing Services*, 4 *European Journal of Law and Technology*, vol. 4, 2013.

²⁹ Questa espressione è, in realtà, un modo spurio per identificare l'inadempimento grave, quello cioè che, come prevedeva l'art. 87, comma 2, priva in modo sostanziale il creditore di quanto ad esso spettante in base al contratto. A scanso di equivoci, si sarebbe potuta utilizzare una terminologia omogenea.

È degno di nota il fatto che la violazione di tale dovere trovava nel risarcimento del danno una specifica sanzione. Si trattava di una autonoma posta di danno risarcibile e anche l'unica, se l'inadempimento era giustificato. Al contrario, qualora l'inadempimento fosse ingiustificato e la parte obbligata avesse effettuato tempestivamente la comunicazione, nulla sarebbe stato dovuto. Come terza eventualità, là dove l'inadempimento fosse stato grave e ingiustificato e fosse stata omessa la comunicazione, la parte danneggiata avrebbe avuto diritto al risarcimento conseguente al mancato adempimento e alla mancata comunicazione.

Il ricorso agli obblighi di comunicazione tra le parti era stato ritenuto eccessivo, ma l'obbligazione dell'art. 88, comma 3, andava ricollegata necessariamente al principio sancito all'art. 163, in forza del quale il debitore rispondeva del danno, salvo che per la misura che il creditore poteva evitare adottando congrui provvedimenti. Il CESL adottava, dunque, la prospettiva del *duty to mitigate* di matrice inglese – e, più in generale, di *common law* – che, tuttavia, dispiega la sua efficacia se e nella misura in cui il creditore è messo al corrente tempestivamente (o «senza ingiustificato ritardo») di un impedimento o dei suoi effetti sulla capacità di adempiere del debitore³⁰. L'obbligo di comunicazione avrebbe avuto, pertanto, un fondamento nella correttezza, ma natura strumentale rispetto all'obbligo del creditore di concorrere nel limitare i danni. Il legislatore aveva inteso sanzionare autonomamente anche questo obbligo strumentale, prevedendo l'autonoma risarcibilità del danno che sarebbe stato quantificato secondo le previsioni generali del capo 16³¹.

6. La disciplina del CESL sul mutamento delle circostanze rispecchiava una tendenza ormai consolidata, sia nei diritti nazionali che nei tentativi di codificazione del diritto contrattuale a livello sovranazionale, di superamento della stretta alternativa tra risoluzione e manutenzione del contratto a fronte di eventi imprevedibili e di particolare intensità, tali da compromettere seriamente la convenienza stessa dell'accordo per la parte svantaggiata³². Nella Convenzione di Vienna, i temi della

³⁰ L'approccio della Commissione europea nella redazione dell'art. 163 è criticato – con argomentazioni comparative – da A. KEIRSE, *Why the Proposed Optional Common European Sales Law Has Not, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss*, 6 *European Review of Private Law* 951 (2011). Sul *duty to mitigate* in *common law* cfr. C.J. GOETZ R.E. SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 *Va. L. Rev.* 967 (1983). Il principio è codificato anche all'interno della Convenzione di Vienna; cfr. art. 77. Il principio in forza del quale la parte inadempiente può pretendere una riduzione del risarcimento per il danno che l'altra avrebbe potuto evitare trova applicazione se l'altra parte è effettivamente a conoscenza dell'evento e ha, quindi, possibilità di intervenire.

³¹ Il riferimento al capo 16 nella disposizione in commento era l'unica aggiunta proposta dalla commissione giuridica del Parlamento europeo rispetto all'intero capo 9. L'emendamento compare nel testo approvato dal Parlamento il 26 febbraio 2014.

³² Come noto, una disciplina sul mutamento di circostanze è presente anche all'interno dei Principi Unidroit (che dedica all'*hardship* tutta la sezione 2 del capitolo 6). Per un'analisi compiuta delle soluzioni che i vari sistemi europei hanno assunto con riguardo al tema del mutamento di circostanze si vedano i contributi

forza maggiore e della presupposizione sono affrontati sotto la rubrica “Exemptions”³³. Nel CESL, l’art. 89 – unica disposizione dedicata al mutamento di circostanze – incarnava siffatta impostazione moderna che, come noto, ha avuto sviluppi significativi a partire dalla fine del XIX secolo, soprattutto all’interno delle codificazioni e delle vicende nazionali successive³⁴.

Ammesso che in astratto l’ampliamento dei rimedi – e, soprattutto, la possibilità per la parte *in pejus* di non vedersi ascritta la responsabilità contrattuale per il mancato adempimento – sia elemento di pregio del diritto contrattuale, vi è ragione di ritenere che all’interno di un diritto dei contratti avente natura opzionale la soluzione non fosse necessariamente positiva, come si cercherà di dimostrare nelle considerazioni conclusive.

L’art. 89 accoglieva il concetto di alea normale e si fondava sull’assunto che nella fase esecutiva dell’accordo la posizione reciproca delle parti può cambiare, senza che ciò costituisca motivo di esenzione dall’adempimento o di risoluzione del rapporto³⁵. A tutti gli effetti, un cambiamento di circostanze non significativo equivale a un non mutamento di circostanze. L’art. 89, comma 1, era tecnicamente preciso nel

raccolti in E. HONDIUS, H.C. GRIGOLEIT, *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011, nonché P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Digesto civ.*, Torino, 2012, 470. Più approfonditamente, A. FRIGNANI, M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010, 296 ss.; sui fondamenti storici della teoria del mutamento delle circostanze cfr. il classico studio di J. GORDLEY, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, 52 *Am. J. Comp. L.* 513 (2004). Cfr. altresì la § 2-615 di UCC e il commento di R.W. DUSENBERG, *Contract Impracticability: Courts Begin To Shape § 2-615*, in 32 *Bus. Law.* 1089 (1977).

³³ L’art. 79, comma 1, parlava genericamente di impedimento che avrebbe dovuto essere preso ragionevolmente in considerazione. La dottrina di *common law* ha ritenuto la formula non chiara (al pari della «impracticability» dello Uniform Commercial Code) perché non si capisce se in essa fossero ricompresi, oltre ai casi di frustrazione dello scopo contrattuale, anche quelli di impossibilità fisica; si veda, sul punto, L.F. DE LUCA, E. GUTTMAN, A.M. SQUILLANTE, *Sales under the Uniform Commercial Code and the Convention on International Sale of Goods*, Cincinnati, Anderson Publ., 1995, 458.

³⁴ In fatto di risoluzione per mutamento sopravvenuto delle circostanze il CESL si differenziava dalla Convenzione di Vienna che, come noto, non ha una disposizione specifica al riguardo (e, secondo JENKINS, *Exemption for Nonperformance*, cit., 2025, riflette un orientamento favorevole più al principio *pacta sunt servanda*), anche se la dottrina è concorde nel ritenere che le cause di esenzione previste dall’art. 79 della Convenzione consentano di giustificare l’inadempimento se causato da onerosità sopravvenuta, come ricorda U. MAGNUS, *CISG and CESL*, in M.J. BONELL, M.-L. HOLLE, P.A. NIELSEN (eds), *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenaghen, 2012, 251. Il tema è trattato approfonditamente nel contributo collettaneo di J. DEWEZ, C. RAMBERG, R. MOMBERG URIBE, R. CABRILLAC, L.S. SAN MIGUEL PRADERA, *The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles*, 1 *European Review of Private Law* 101 (2011), alla luce di una decisione interpretativa della cassazione belga sull’art. 79.

³⁵ Sull’alea come criterio legale di distribuzione del rischio contrattuale, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 239. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 21 aprile 2011, n. 9263, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Contratto in genere*, n. 521 (alea nel contratto di mutuo, per il quale le parti abbiano espresso la somma prestata in valuta straniera); 27 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 1177; 17 luglio 2003, n. 11200, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce cit., n. 584. Il principio dell’alea normale è sancito anche all’art. 6.2.1. dei Principi Unidroit.

codificare le ragioni di maggior onerosità di una prestazione connessa con alcuni cambiamenti: si trattava dell'aumento dei costi della prestazione e della diminuzione del valore del corrispettivo dovuto (per effetto della svalutazione). Mentre nel primo caso vi è uno svantaggio assoluto per la parte tenuta all'adempimento (nessun vantaggio per l'altra), in quanto l'aumento dei costi riduce la marginalità o, addirittura, comporta perdite, nel secondo caso vi è un correlato vantaggio per la parte avente diritto alla prestazione, la quale consegue una utilità per la quale corrisponde, sulla base del contratto in essere, un corrispettivo che, di per sé, non sarebbe più adeguato. Salvo che l'autonomia privata non se ne occupi in qualche modo, siffatte oscillazioni non incidono sul sinallagma e rientrano nel rischio normale di ogni operazione economica esposta per varie ragioni all'operare del tempo. Il superamento della soglia normativamente definitiva dell'alea normale comporta, invece, l'attivazione dei rimedi alternativi. L'art. 89, comma 1, secondo capoverso, individuava il superamento della soglia nel fatto che una delle prestazioni fosse divenuta eccessivamente onerosa per un mutamento eccezionale delle circostanze.

Prima di verificare quali fossero i rimedi connessi all'eccezionale mutamento di circostanze devono essere verificati due presupposti, che si potrebbero dire oggettivo e soggettivo. Il primo è quello concernente l'ambito di applicazione della norma dal punto di vista dei tipi contrattuali interessati ed è un aspetto che deve essere valutato ai fini dell'eventuale futuro recupero di questa parte del CESL nella costruzione del diritto contrattuale europeo. Il secondo riguarda, invece, gli obblighi previsionali delle parti rispetto agli eventi successivi alla conclusione del contratto.

6.1 Occorre chiedersi, non in astratto, ma nel contesto del CESL, quale fosse l'ambito di applicazione dell'art. 89 e della relativa disciplina, rispetto ai possibili tipi contrattuali e come questo ruolo potrebbe essere recuperato, in futuro, al di fuori del CESL, nel quadro di future iniziative regolatorie. Nel far ciò si può agevolmente attingere all'elaborazione giurisprudenziale e dottrina che, nel tempo, si è cimentata con il problema del cambiamento di circostanze.

È evidente che se il CESL avesse riguardato la vendita paradigmatica di contestuale scambio di cosa contro prezzo, l'art. 89 non avrebbe avuto ragione di esistere³⁶. Nella sua sfera precettiva rientravano, evidentemente, quanto meno tutti i casi di vendita con prestazioni differite o ripartite nel tempo, in quanto la distanza tra la conclusione e l'esecuzione è esattamente ciò che espone le parti a fenomeni di varia

³⁶ La giurisprudenza di merito e di legittimità sono concordi nel ritenere che l'eccessiva onerosità sopravvenuta non può trovare applicazione nei contratti cd. istantanei, ma presuppone un lasso temporale fra conclusione ed esecuzione; cfr. Cass. 18 febbraio 1999, n. 1371, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Vendita*, n. 43; T. Taranto 11 febbraio 2011, *id.*, Rep. 2012, voce *Contratto in genere*, n. 498; 16 maggio 1991, n. 5480, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1021, con nota di M. DE TILLA, *Sulla determinabilità ed individuazione dell'oggetto del contratto di vendita immobiliare*.

natura, incidenti sull'economia dell'affare³⁷. La formulazione dell'art. 89 riaffermava, però, la vocazione generale della disposizione, che all'interno di un nucleo di norme trasversali avrebbe potuto trovare applicazione anche rispetto a fattispecie che si allontanano dall'archetipo della vendita, ricomprendendo l'appalto, la somministrazione, il mutuo feneratizio e, più in generale, tutte le fattispecie che la dottrina ha nel tempo inquadrato nei contratti di durata.

Visto l'ambito di applicazione del CESL vanno anche considerate in concreto tre tipologie ulteriori cui faceva peraltro riferimento anche l'intitolazione della Parte IV, nella quale era ricompreso l'art. 89. Si tratta dei contratti di fornitura di contenuti digitali, dei contratti di fornitura dei servizi connessi e dei contratti misti, di cui parlava l'art. 9, comma 1, del CESL, come di combinazione tra vendita di prodotto e contestuale fornitura di servizio (fattispecie ora autonomamente disciplinate nelle Proposte di Direttiva presentate dalla Commissione alla fine del 2015)³⁸.

Sulla reale possibilità di applicazione della disciplina in questione ai contratti di fornitura digitale era legittimo avanzare più di un dubbio, nel senso che, per le modalità concrete di fruizione del contenuto, è difficile ipotizzare un distacco temporale sensibile tra conclusione del contratto e prestazione³⁹. Là dove la fattispecie si perfeziona *on line*, l'accesso al contenuto fornito è contestuale e la fruizione non dovrebbe essere (più) compromessa. Astrattamente è, però, ipotizzabile che eventi imprevedibili e di inusuale intensità compromettano oggettivamente la capacità dell'impresa di adempiere alla prestazione dopo che l'utente (a sua volta impresa o consumatore finale) abbiano acquistato il contenuto; si tratta, però, di ipotesi di scuola, assai remote⁴⁰. Se anche una crisi energetica dovesse far salire i costi di produzione e distribuzione del contenuto digitale, per arrivare a compromettere la marginalità di certi settori dovrebbe trattarsi di eventi capaci di distruggere completamente un'economia e non anche semplicemente rendere eccessivamente oneroso un contratto. È chiaro, però, che se l'ambizione della norma era quella di apparire come il candidato ideale di una futura codificazione, l'applicazione doveva essere la più ampia possibile, anche con il rischio di falsi positivi rispetto alla patologia di volta in volta considerata.

Occorre chiedersi, piuttosto, se l'art. 89 potesse trovare applicazione nella fornitura dei contenuti digitali in modalità SaaS («software as a service»), che grazie alle potenzialità della cd. nuvola (il *cloud computing*), sta rimpiazzando i più tradiziona-

³⁷ Vi rientrano anche i contratti di fornitura di beni da fabbricare, che erano compresi nella definizione di contratto di vendita, *ex art.* 2, comma 1, lett. (k) del CESL.

³⁸ Cfr., *retro*, nt. 1.

³⁹ L'inadeguatezza della disciplina era stata segnalata da J. PISULIŃKI, *The Application of the CESL to a Contract for the Supply of Digital Content (eg. Software)*, in L. MOCCIA (ed.), *The Making of European Private Law: Why, How, What, Who*, Munich, 2013, 214.

⁴⁰ Dovrebbe verificarsi, per esempio, che l'infrastruttura nella quale sono conservati i contenuti digitali vada perduta o distrutta, ma si tratta di un'eventualità pressoché impossibile, posto che gli operatori usano servizi *cloud* sui quali i dati sono ridondati, proprio per evitare ogni rischio di perdita.

li canali distributivi anche dei prodotti software, eliminando non solo l'idea di acquisto del supporto nel quale il contenuto è caricato, ma anche di fruizione remota, in locale, del contenuto stesso. Di fatto, il contenuto digitale è ospitato in maniera centralizzata e ad esso si accede. Tecnicamente, l'accesso è il presupposto per la fruizione di un servizio e non anche un aspetto esecutivo di una vendita⁴¹. Dunque, in prima battuta, queste modalità, che sono pur sempre di fornitura di contenuti digitali, metterebbero capo a tipologie contrattuali diverse dalla vendita e, in quanto tali, non soggette all'applicazione dell'art. 89⁴². Tuttavia, l'ampia formulazione dell'art. 89, comma 1, secondo capoverso, era tale che paradossalmente per un contratto di fornitura del contenuto digitale in modalità SaaS, pur qualificandosi come fornitura di servizi⁴³, si sarebbe potuto ugualmente invocare l'applicazione della norma⁴⁴. Il riferimento generico alla prestazione e all'obbligazione non consentiva di discriminare tra *dare* e *facere*⁴⁵.

La disciplina del mutamento di circostanze avrebbe dovuto trovare applicazione anche ai contratti per la fornitura di servizi connessi e, quindi, sia pure parzialmente, per i contratti misti contemplati dall'art. 9, se e nella misura in cui l'obbligazione oggetto del servizio avesse carattere ripetuto, periodico o continuativo. Valgono anche in questo caso gli avvertimenti circa la disomogeneità tra l'ipotesi espansiva alla base delle formule adottate nel CESL e la dinamica concreta delle relazioni; che la prestazione dei servizi connessi possa risultare eccessivamente onerosa è vero in astratto, ma difficilmente verificabile nella realtà.

Un profilo problematico era rappresentato dal collegamento negoziale che l'art. 147, comma 2, implicitamente sottendeva tra il contratto di vendita, o di fornitura di contenuto digitale, e quello di servizi connessi. La disposizione si ispirava al principio del *simul stabunt, simul cadent*. Ne consegue che la risoluzione derivante

⁴¹ Tanto ciò è vero che l'accesso stesso si configura come elemento causale dei contratti mediante i quali si accede ai contenuti digitali; cfr., per un tentativo di sistematizzazione, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Gli access contracts: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Riv. dir. privato*, 2002, 265.

⁴² Già G. SANTINI, *Commercio e servizi*, Bologna, 1989, 461, osservava che all'interno del terziario avanzato la distinzione tra vendita e fornitura di servizio è sfumata (nello specifico, l'A. portava l'esempio – opposto a quello di cui si discorre qui – della distribuzione di “prodotti” finanziari, ma si potrebbe fare anche il caso della “vendita” dei servizi turistici, che in realtà è soltanto una modalità di fruizione di un complesso articolato di servizi acquistati unitariamente).

⁴³ Ma sul punto conviene fare riferimento alle brevi note di A. MANTELERO, *Il contratto per l'erogazione*, cit., 1216.

⁴⁴ Anche in questo caso la prospettiva che un contratto SaaS possa essere interessato dal cambiamento di circostanze che provoca onerosità sopravvenuta è più ipotetica che reale; nelle recenti trattazioni, il relativo profilo non è nemmeno affrontato. Cfr., per esempio, W. KUAN HON, C. MILLARD, I. WALDEN, *Negotiating Cloud Contracts: Looking at Clouds from Both Sides Now*, 16 *Stan. Tech. L. Rev.* 79 (2002).

⁴⁵ D'altra parte, era la stessa Commissione europea che, in altra sede, dichiarava applicabile il CESL ai contratti di *cloud computing*; cfr. European Commission, *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe*, COM(2012) 539 final, 12. In dottrina, cfr. CASTRO, REED, DE QUEIROZ, *On the Applicability of the Common European*, cit., *passim*.

dall'accertamento dell'eccessiva onerosità sopravvenuta avrebbe avuto effetto rispetto a tutti e due i contratti connessi. Non si sarebbe applicata, in questa specifica circostanza, la disposizione dell'art. 9, comma 2, che in caso di inadempimento separava le vicende della vendita (o fornitura di contenuti digitali) da quelle del contratto di servizi connessi.

Il collegamento negoziale che pareva sotteso alla disposizione dell'art. 147, comma 2, e l'effetto di trascinamento del contratto principale rispetto a quello di servizi connessi (non viceversa), presentava una criticità, di ordine dogmatico ma dai riflessi anche pratici.

Dal punto di vista dogmatico, se fosse stata perseguita coerentemente la strategia di attribuire o riconoscere alla disciplina dell'art. 89 una vocazione applicativa eccedente la fattispecie della vendita (come è stato più volte evidenziato), l'art. 147, comma 2, avrebbe comportato una parziale smentita, perché l'effetto di trascinamento si sarebbe giustificato certamente quando si risolve il contratto di vendita e, per esempio, il relativo servizio di trasporto o di installazione non ha senso, in quanto il bene non passa di proprietà a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Al contrario, se il servizio connesso accedesse a un contratto di vendita a prestazioni ripetute e fosse fruibile con riguardo alla porzione di beni consegnata prima della risoluzione, l'effetto di trascinamento e la risoluzione *ex nunc* del contratto principale priverebbero l'altra parte (che già subisce la risoluzione) anche delle utilità derivanti dal godimento dei servizi connessi⁴⁶.

L'art. 147 aveva carattere dispositivo e certamente, in un'ottica di disciplina di deroga alle norme specifiche in materia di risoluzione per eccessiva onerosità, vi sarebbe stato spazio per individuare, sul piano pratico, soluzioni di maggiore equilibrio tra le parti.

6.2 L'art. 89, comma 3, specificava ulteriormente a quali condizioni avrebbe trovato applicazione l'intero impianto di disciplina delle sopravvenienze e, in particolare, il sistema dei rimedi (commi 1 e 2 dello stesso articolo)⁴⁷. La disposizione in commento conteneva, prima di tutto, un'ulteriore condizione oggettiva di applicabilità della disciplina (art. 89, comma 3, lett. (a)): il mutamento delle circostanze doveva avvenire dopo la conclusione del contratto⁴⁸. Di per sé solo, il fatto della lett. (a) era idoneo ad escludere l'applicazione della disciplina, senza che si dovessero

⁴⁶ Peraltro, non si può dare per scontato che l'eccessiva onerosità sopravvenuta colpisca sempre e invariabilmente la prestazione dei servizi connessi e, quindi, comporti l'immediata caducazione del relativo contratto. Per una proposta interpretativa di parziale correzione di questa distorsione cfr., *infra*, par. 6.3.

⁴⁷ Le condizioni stabilite dall'art. 6.2.2. dei Principi Unidroit si apprezzano per una maggiore precisione, soprattutto per quanto riguarda l'assunzione del rischio.

⁴⁸ Da questo punto di vista, la soluzione era omogenea a quella dell'art. 1467 c.c., che limita l'applicazione del rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta, considerando irrilevanti (non in assoluto, ma nella prospettiva di questo specifico rimedio) circostanze anteriori.

considerare gli ulteriori presupposti di applicazione previsti dalla rimanente parte della disposizione.

Da questo punto di vista, il CESL si differenziava da altri *corpora* normativi che, pur dando ingresso ai rimedi contro le sopravvenienze, hanno cercato di individuare per esse un fondamento unitario rispetto ad altri eventi incidenti sul sinallagma, anche se non necessariamente successivi alla conclusione del contratto. Il caso più evidente nelle normative nazionali è dato dal paragrafo 2 della § 313 del BGB che, come noto, equipara al mutamento delle circostanze la scoperta (successiva alla conclusione del contratto) che le rappresentazioni alla base del contratto fossero false⁴⁹. Dunque, il CESL rifiutava come causa di risoluzione l'assimilazione tra erronea rappresentazione del fatto (anteriore al contratto) e eccessiva onerosità per cause sopraggiunte in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto⁵⁰.

Tra le condizioni di esclusione della disciplina del mutamento delle circostanze ne erano due (art. 89, comma 3, lett. (b) e (c)⁵¹) che qualche riga sopra si è inteso definire come soggettive, perché in effetti riferite allo stato informativo delle parti e alla loro volontà nel momento di conclusione del contratto⁵². I due casi erano legati da una congiunzione; sulla base della formulazione letterale della disposizione, dovrebbe concludersi che (ferma restando la natura sopraggiunta dell'evento che ha provocato l'eccessiva onerosità) soltanto il verificarsi di tutte e due le condizioni avrebbe consentito di far luogo all'applicazione della disciplina dell'art. 89. La disposizione andava letta in maniera analitica, perché condensava in sé diversi casi e non era scevra da una certa ridondanza che ne rendeva difficoltosa la comprensione.

In primo luogo, nel disegno del CESL la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non trovava applicazione quando la parte «lesa» (quella, cioè, a carico della quale si verifica la circostanza) avesse assunto il rischio di verifi-

⁴⁹ Proprio sulla § 313 del BGB e di come esso sia passato nella codificazione tedesca a partire dall'elaborazione giurisprudenziale (e alla quale sarà restituita) cfr. RESCIGNO, *Codici*, cit., 153.

⁵⁰ Un tentativo, a tratti poco accurato, di rintracciare nella presupposizione il fondamento ermeneutico della *hardship clause* nel diritto positivo italiano è fatto da R. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contratto e impresa*, 2013, 951, 986, secondo il quale l'istituto dogmatico della presupposizione si presta a spiegare sia l'erronea rappresentazione del fatto presupposto, sia la modificazione successiva di quelli che l'a. definisce «elementi fattuali».

⁵¹ La lett. (c) della disposizione in commento è l'unica per la quale la Commissione Affari Giuridici del Parlamento europeo aveva proposto un lieve aggiustamento testuale, con la proposta di un inciso riferito alla parte svantaggiata, nel quale si specificava (con terminologia non propriamente elegante) che la medesima parte era quella che faceva affidamento sul mutamento di circostanze; cfr. European Parliament, Committee on Legal Affairs, *Draft Report*, cit. La proposta di modifica era stata poi accolta dal Parlamento nella votazione del 26 febbraio 2014.

⁵² Accede all'utilizzo della terminologia qui proposta, con riferimento all'elemento soggettivo della fattispecie (imprevedibilità dell'evento), Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, n. 641.

cazione dell'evento (arg. *ex* lett. (c))⁵³. Dunque, le parti restavano libere di redistribuire il rischio contrattuale, agendo sulla allocazione legale dell'alea; in altre parole, l'art. 89, in un oceano di norme imperative, aveva natura di norma dispositiva ed ammetteva il ricorso alle varie clausole di gestione delle sopravvenienze, come quelle di *hardship*⁵⁴. Se le parti hanno volontariamente diviso un assetto di interessi che, con riguardo al rischio, ha spostato i relativi oneri su una di esse, la norma autonoma ha prevalenza sulla disciplina eteronoma (in questo caso, l'art. 89).

Per converso, se la parte aggravata dall'evento non avesse assunto il relativo rischio, né fosse ragionevolmente tenuta a farlo, perché potesse invocarsi la disciplina dell'art. 89 il comma 3 richiedeva l'ulteriore condizione che al momento della conclusione del contratto la medesima parte non avesse considerato, né fosse ragionevolmente tenuta a farlo, la possibilità e/o l'entità del mutamento di circostanze.

Al fine di valutare compiutamente la disciplina, bisogna analizzare più da vicino tutte le ipotesi. Le combinazioni di casi erano le seguenti: (1) evento considerato, quanto a possibilità e/o entità delle circostanze sopravvenute, e relativo rischio assunto; (2) evento considerato, quanto a possibilità e/o entità delle circostanze sopravvenute, e relativo rischio *non* assunto (lett. (c)). Proprio perché l'evento era stato considerato dalla parte aggravata, la disciplina del CESL non sarebbe stata invocabile nei casi *sub* (1) e *sub* (2) perché il presupposto della lett. (b) era che l'evento non fosse stato considerato (o, il che è lo stesso, non fosse ragionevole prevederlo). La previsione dell'evento (o la sua prevedibilità) e l'assenza di adeguata risposta erano equivalenti ad assunzione del rischio⁵⁵.

Le alternative erano: (3) evento *non* considerato quanto a possibilità e/o entità delle circostanze sopravvenute (lett. (b)) e rischio assunto; (4) evento *non* considerato quanto a possibilità e/o entità delle circostanze sopravvenute (lett. (b)) e rischio *non* assunto (lett. (c)). Nel caso *sub* (3), la disciplina dell'art. 89 non sarebbe stata invocabile, perché la parte svantaggiata, pur non prevedendo i fatti, ha assunto in qualche modo il relativo rischio; rimettere in discussione la vincolatività dell'accordo in questo caso varrebbe a giustificare un comportamento opportunistico in fase di formazione del vincolo.

⁵³ L'art. 89 non si dichiarava inapplicabile ai contratti aleatori, semplicemente perché il CESL disciplina il contratto di vendita o la fornitura di contenuti digitali, che non presentano profili di rischio tali da far normalmente presumere il superamento dell'alea contrattuale. Se l'art. 89 diventerà norma di carattere generale in un futuro diritto europeo dei contratti, starà alle norme sui contratti aleatori richiamare l'art. 89 (o disposizione analoga) per escluderne l'applicazione. È certo però, proprio per effetto dell'art. 89, comma 3, lett. (c), che il contratto sarebbe potuto divenire aleatorio dalla volontà delle parti.

⁵⁴ Sull'utilizzo di siffatti strumenti, come di prassi nella contrattazione internazionale, cfr. JENKINS, *Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles. A Comparative Assessment*, 72 *Tul. L. Rev.* 2015, 2020 (1998).

⁵⁵ Lo spiega bene, con riferimento alle altre fonti di diritto contrattuale già esistenti sullo scenario sopranazionale, JENKINS, *Exemption for Nonperformance*, cit., 2017.

Aver assunto un'obbligazione senza aver previsto l'evento è comportamento sconsiderato, solo se la parte avrebbe potuto prevederlo a un costo inferiore confrontato con i maggiori oneri dell'adempimento dovuti alla circostanza sopravvenuta, scontati per la probabilità che ad essa si assegnava al momento della conclusione del contratto. La razionalità limitata vuole che, quando la probabilità è bassissima, il costo differenziale atteso dell'adempimento in condizioni aggravate è pure basso e, quindi, non tale da giustificare lo sforzo previsionale. Per questa ragione, l'art. 89 equiparava la mancata previsione dell'evento con il fatto che la parte non fosse a ciò ragionevolmente tenuta. Dunque, la corretta lettura della norma presupponeva un ragionamento non sulla base di valori assoluti, ma di valori scontati per la probabilità di verificazione degli eventi e che il costo di previsione non venisse confrontato con il costo dell'adempimento, ma considerato in ottica differenziale e, quindi, rapportato ai maggiori oneri che, data una certa probabilità, l'evento sopravvenuto avrebbe comportato.

Il caso *sub* (4) comprendeva l'ipotesi in cui l'evento non era previsto (né era ragionevolmente prevedibile) e, di conseguenza, la parte non ha assunto il relativo rischio. L'assimilazione tra mancata previsione e impossibilità di previsione ragionevole in questo caso presuppone una qualche maggiore cautela.

In generale, la mancata assunzione del rischio può dipendere da una scelta precisa e condivisa tra le parti (nel qual caso, sarebbe valsa la disciplina dispositiva dell'art. 89 di fronte alla lacuna volontaria), ma anche dalla oggettiva impossibilità di prevedere l'evento (tant'è che nessuna delle parti ha assunto il rischio); anche in quest'ultimo caso, l'art. 89 avrebbe trovato applicazione e a ragione, nel senso che le parti avrebbero trovato indifferente la soluzione dell'art. 89 con altra che avrebbero potuto stabilire autonomamente.

Caso diverso ricorre quando il rischio non è stato assunto perché la circostanza, benché prevedibile, non è stata prevista, sicché la relativa lacuna non è frutto di oggettiva incertezza o di soluzione condivisa, ma di un comportamento opportunistico di quella delle parti che si sarebbe dovuta far carico dei relativi costi connessi con la conseguente assunzione del rischio. D'altra parte, non si può chiedere a uno dei contraenti di sostenere in ogni caso i costi della previsione; pertanto, l'ipotesi di ragionevole previsione presuppone il consueto confronto tra costi necessari per acquisire l'informazione e costi di relativa disciplina del contratto, da una parte, e costi differenziali connessi con la lacuna, moltiplicati per la probabilità che l'evento si verifichi dopo la conclusione del contratto, dall'altra.

La funzione dell'art. 89 sarebbe stata, quindi, quella di supplire all'autonomia privata in almeno due casi: (i) quando le parti hanno ritenuto razionale lasciare il contratto incompleto e (ii) tutte le volte in cui la circostanza sopravvenuta, benché probabile, non era ragionevolmente (cioè, economicamente) prevedibile e, come

conseguenza, la parte che avesse invocato i rimedi dell'art. 89 non aveva assunto il relativo rischio⁵⁶.

Per quanto fin qui esposto, l'art. 89 non faceva altro che dare compiuta visibilità a tutti i possibili eventi eccezionali e sopravvenuti che possono compromettere l'equilibrio contrattuale. La novità andava rinvenuta, invece, sul piano dei rimedi, di cui occorre occuparsi con qualche maggiore dettaglio.

6.3 Nel tentativo di proporre una soluzione moderna, e per questo preferibile per i potenziali contraenti in chiave di diritto opzionale, il CESL ampliava il novero dei rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta, che mutuava dalle più recenti normative nazionali e del traffico giuridico sovranazionale⁵⁷. Mostrando una qualche preferenza per la stabilità dei rapporti di lungo periodo, il CESL relegava la risoluzione del rapporto al rango di *extrema ratio*, necessariamente preceduta da una fase di rinegoziazione obbligatoria e di intervento del giudice su istanza di parte⁵⁸. Incidentalmente va ricordato che a mente dell'art. 89, comma 4, il termine «giudice» comprendeva anche gli organi arbitrali⁵⁹.

Il contenuto dell'obbligo a carico delle parti non riguardava il raggiungimento di un nuovo accordo, ma soltanto l'avvio delle trattative, che avrebbero dovuto portare

⁵⁶ In tutti e due i casi indicati nel testo, l'art. 89 era destinato a svolgere la funzione di regola dispositiva, assolvendo alla funzione alla quale il diritto dei contratti è in parte preordinato, cioè supportare l'autonomia privata favorendo il risparmio dei costi di transazione, al tempo stesso scongiurando che le lacune contrattuali non siano causate da opportunismo unilaterale. Sulla ricostruzione dell'art. 1467 c.c. come norma dispositiva (e una prospettiva critica sui meccanismi divisati dal legislatore italiano) cfr. R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 1996, 451, a commento di A. SCHWARTZ, *Law and economics: l'approccio alla teoria del contratto*, *ibid.*, 427. Per una spiegazione economica delle cause di incompletezza del contratto cfr. I. AYRES, R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 *Yale L.J.* 87 (1989).

⁵⁷ Si tratta di una soluzione meno accettabile per quegli ordinamenti ancora legati all'idea della *privity* e, quindi, intolleranti verso ipotesi di intervento eteronomo sul contratto. Cfr., infatti, i commenti di The Law Commission and the Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law: Advantages and Problems. Advice to the UK Government*, s.l., 2011, in particolare § 4.106 ss. («the scheme and procedure of Article 89 are full of uncertainty and doubt»); la posizione di *common law* sul punto si veda espressa anche da J.M. PERILLO, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review*, 63 *Fordham L. Rev.* 281, 301 (1994). D'altra parte, l'idea che il giudice, su richiesta delle parti, possa procedere a un adattamento del contratto e a una sua riconduzione ad equilibrio è espressamente prevista nei Principi Unidroit (art. 6.2.3, comma 4), che si devono considerare come espressione della prassi invalsa a livello di commercio internazionale. Sul punto cfr. anche JENKINS, *Exemption for Nonperformance*, cit., 2028.

⁵⁸ Con riferimento al diritto italiano, MACARIO, *Adempimento e rinegoziazione*, cit., 286, ammetteva già in qualche modo l'intervento del giudice nell'aggiustamento del rapporto, non *ex officio*, ma quanto meno di fronte alla proposta di adeguamento «formulata genericamente (...) ovvero [...] ritenuta non rispondente all'equità».

⁵⁹ Si noterà una piccola leggerezza da parte del legislatore, che al comma 4 dell'art. 89 faceva riferimento ai commi 2 e 3, mentre il termine giudice era utilizzato soltanto al comma 2.

o alla modifica del contratto o alla sua risoluzione⁶⁰. In maniera agnostica, il CESL ometteva di indicare quale equilibrio le parti dovessero raggiungere in caso di rinegoziazione, a differenza del nostro criticato art. 1467 c.c., il quale fa riferimento alla problematica nozione di riconduzione all'equità, che la parte *in bonis* può opporre all'eccezione di risoluzione, paralizzandola⁶¹.

Salvo il ricorso alla clausola risolutiva espressa, la preferenza del CESL per la stabilità dei rapporti emergeva dall'impossibilità di procedere alla risoluzione se non passando per la fase delle trattative, che – secondo l'art. 89, comma 2, primo paragrafo – doveva comunque concludersi con un accordo entro un termine ragionevole.

Il giudice non sarebbe intervenuto sull'autonomia privata se non nei limiti della richiesta di una delle parti e, si noti, non necessariamente della parte svantaggiata⁶². Sotto questo profilo, l'aver dato legittimazione attiva a tutte e due le parti pare un elemento positivo, perché anche il contraente non svantaggiato avrebbe potuto essere portatore di uno specifico interesse a rivolgersi al giudice o per la manutenzione del contratto, o per la sua modifica, o perché potesse farsi luogo tempestivamente alla risoluzione. Tutte e due le parti avrebbero potuto altresì invocare il rispetto dell'obbligo di buona fede nella fase di (ri-)negoziazione, che peraltro, a mente dell'art. 2, comma 3, non potevano escludere⁶³.

Il principio dell'impulso di parte sarebbe valso ulteriormente a limitare la discrezionalità del giudice, che decide sulla base di quanto le parti stesse richiedono. Non di meno, il giudice conservava grandi poteri, che gli derivavano dalla disposizione in commento (art. 89, comma 2, lett. (a) e (b)), oltre che dalla necessità di dare di volta in volta contenuto all'obbligo di buona fede se una delle parti ne avesse invocato l'applicazione. In effetti, il giudice avrebbe avuto il potere di modificare il contratto, risolverlo puramente e semplicemente oppure risolverlo con termini e condizioni.

⁶⁰ L'adeguamento come rimedio è previsto nel BGB (cfr. paragrafo 1, § 313), come soluzione alternativa.

⁶¹ In giurisprudenza, di recente, T. Bari 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571, con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*.

⁶² Come rilevano FRIGNANI, TORSELLO, *Il contratto internazionale*, cit., 305, con riferimento ai contratti internazionali l'intervento del giudice che "ordina" la rinegoziazione ha prodotto «reazioni di rigetto della dottrina» particolarmente accese, salvo quando detto intervento sia previsto e circoscritto dalle parti già all'interno del contratto. Le reazioni cui fanno riferimento gli autori sono quelle seguite, per esempio, al caso *Westinghouse* (cfr. Corte distrett. Virginia 25 giugno 1981, in *Foro it.*, 1982, IV, 376, con nota di R. PARDOLESI). Naturalmente, una prospettiva di superamento dei principi che precludono al giudice l'intervento sull'autonomia privata (seppur condizionato) appare tanto più ardua se la si riferisce alle esperienze di *common law* (e, dunque, per quanto riguarda il diritto europeo, all'Inghilterra principalmente), dove le stesse corti hanno tradizionalmente declinato poteri di adattamento alla luce di circostanza sopravvenute; cfr. E.A. FARNSWORTH, *Comparative Contract Law*, in M. REINMAN, R. ZIMMERMAN (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, 927.

⁶³ Proprio con riferimento all'obbligo di buona fede ci si deve chiedere se sia censurabile il comportamento della parte non svantaggiata la quale, pur intravedendo margini di aggiustamento, non abbia inteso rivolgersi al giudice tempestivamente, indugiano in una fase interlocutoria con l'altra parte.

Gli scettici circa l'intervento del giudice sul contratto, la cui esecuzione sia divenuta eccessivamente onerosa, avrebbero potuto rilevare che l'obiettivo tendenziale indicato dalla norma – modificare il contratto perché divenga «conforme a quanto le parti avrebbero ragionevolmente convenuto al momento della sua conclusione se avessero tenuto conto del mutamento di circostanze»⁶⁴ – non è alla portata del giudice o dell'arbitro, sforniti, come ovvio, di tutte le informazioni necessarie e dunque oggettivamente impossibilitati all'esercizio di ragionevolezza cui li chiamava la norma⁶⁵. Ma è altrettanto chiaro che un obbligo di rinegoziazione sfornito di una sanzione, come può essere la conseguenza di sottoporsi al giudizio, sarebbe stato soltanto un elemento di complicazione nella crisi negoziale. Quindi, la possibilità di intervento giudiziale andava letta come un evento potenzialmente sfavorevole e dunque da evitare non tanto con l'avvio delle trattative, ma con un accordo nel merito di reciproca soddisfazione.

Nelle mani del giudice era rimessa anche la pronuncia di risoluzione (art. 8) ovvero di risoluzione condizionata. Anche il fatto di consentire al giudice una modulazione temporale o contenutistica della pronuncia di risoluzione appariva un elemento positivo e se ne percepivano le virtù, per esempio, nel caso della risoluzione del contratto di vendita cui siano connessi taluni servizi (cfr., *retro*, par. 6.1.). Si è, infatti, segnalato come sarebbero potuti derivare svantaggi dall'effetto caducante che la risoluzione avrebbe avuto su tutti e due i contratti, quando i servizi connessi sono fruibili in relazione a cose già consegnate e non anche alla prestazione che sarebbe ancora da eseguire. Dunque, i poteri del giudice in sede di risoluzione avrebbero concorso a mitigare gli effetti previsti dall'art. 147, comma 2⁶⁶.

7. Rientra nella discrezionalità del legislatore la proposta di soluzioni ritenute conformi all'interesse dei potenziali destinatari di un corpo normativo, nonché dirette ad attrarre utenti verso uno strumento di natura opzionale. Se la funzione del diritto dei contratti è quella di supplire l'autonomia privata, l'unico vincolo alla di-

⁶⁴ Con riguardo all'applicazione dell'art. 1467 c.c. in merito al riequilibrio del rapporto, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità a livello applicativo è analogo al tenore della disposizione in commento: l'offerta di modifica è da considerare equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione; cfr. Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *Corriere giur.*, 1992, 662, con nota di A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*.

⁶⁵ In realtà, il giudice potrebbe avvantaggiarsi delle informazioni che le parti sono tenute a fornire nella fase di rinegoziazione, assumendo che si tratti di una negoziazione all'interno di un contratto in essere e ad essa si applichi l'art. 20. In concreto, però, lo spettro dell'intervento giudiziario potrebbe retroagire sulla scelta delle parti di fornire o non fornire all'altra talune informazioni, per evitare che esse vengano utilizzate in maniera imprevedibile dal giudice. Scetticismo sulla possibilità di intervento del giudice per ragioni analoghe a quelle richiamate nel testo è espresso – sia pure con riferimento alle soluzioni già adottate (per esempio, nei Principi Unidroit) – da FRIGNANI, TORSSELLO, *Il contratto internazionale*, cit., 310.

⁶⁶ Cfr., *retro*, nota 46.

screzionalità del legislatore è quello di individuare norme di contenuto analogo a quello che i contraenti stessi avrebbero divisato se la contrattazione non fosse (stata) costosa. Se, invece, l'obiettivo è di correggere l'autonomia privata, le norme (imperative) saranno ispirate ai valori che il legislatore intende perseguire, come per esempio l'equità.

Un sano realismo deve indurre a ritenere che l'eccessivo ricorso a norme imperative può assolvere al ruolo di tutelare gli interessi di una delle parti, ma non può contemporaneamente essere elemento di gradimento per tutte e due le parti se dalla loro scelta congiunta dipende l'adozione del regime opzionale. Quando, al contrario, le norme hanno prevalentemente natura dispositiva, la scelta del regime opzionale dipende dalla qualità complessiva della normazione. Le disposizioni su inadempimento e mutamento delle circostanze avevano alcune caratteristiche che deponevano negativamente nel senso della qualità e che renderebbero azzardata una prospettiva di recupero *tout-court* in un nuovo strumento regolatorio⁶⁷.

Non si può fare a meno di rilevare l'uso troppo disinvolto di alcune clausole generali da parte del CESL, in passaggi piuttosto delicati. In soli tre articoli (87, 88, 89) i termini "ragionevole" e "ragionevolmente" erano utilizzati ben sette volte, con significati che non è detto fossero sempre coerenti. Vi è il forte sospetto che, con il pretesto di "elasticizzare" il tessuto normativo, in realtà si volessero evitare soluzioni più sofisticate. Il rischio immediato era evidente: che il CESL e le sue norme si frammentassero in una serie di interpretazioni capaci di riprodurre sensibile dissociazione di formanti e vicende nazionali in contrasto con la vocazione unitaria dello strumento⁶⁸. A mente dell'art. 13 della ormai abbandonata proposta di regolamento, gli Stati membri avrebbero potuto ampliare l'ambito di applicazione del CESL; mentre ciò rappresentava senz'altro un'opportunità in astratto, se non si individuano meccanismi istituzionali per garantire interpretazioni omogenee, il rischio di interpreta-

⁶⁷ Probabilmente si tratta di aspetti generalizzabili che è bene, per il momento, confinare alle disposizioni in commento all'interno del capo 9.

⁶⁸ Così, puntualmente, anche The Law Commission and the Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law*, cit., § 4.107. La Commissione aveva sistematicamente sottovalutato il rischio derivante dalla potenziale molteplicità delle interpretazioni nazionali. Il dato è paradossale, se si considera che una delle criticità ritenute sussistenti dalla Commissione in fatto di applicazione della Convenzione di Vienna sarebbe la mancanza di un meccanismo capace di assicurare la uniforme applicazione dello strumento, a fronte delle differenti giurisdizioni chiamate a farne applicazione; cfr. Commissione Europea, *A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions in the Single Market*, COM (2011) 636 final, 5. Vittima di una sorta di utopia neo-positivistica, il testo del CESL sembrava ispirato ad una dichiarata autarchia interpretativa che, a dispetto dei fiumi di parole, non avrebbe mancato di svelare la propria insufficienza. Ma, trattandosi di strumento opzionale, l'insufficienza non si sarebbe manifestata sotto forma di deludenti o contraddittorie applicazioni giurisprudenziali, bensì in una sistematica preferenza per altre discipline, comprese quelle nazionali. Il quadro delle reazioni possibili è vario; lo si veda ricostruito succintamente da J. RAJSKI, *Trends towards global harmonization of contract law and its progressive europeanization*, in *Studi in onore di Aldo Frignani*, Napoli, 2011, 411 ss.

zioni frammentarie aumenta⁶⁹. Il ricorso massiccio alle clausole generali ne è la fonte, soprattutto se l'interpretazione è rimessa a una molteplicità di giurisdizioni nazionali.

Peraltro, la segnalata vocazione del CESL ad assurgere a parte generale di un futuro diritto (opzionale) europeo dei contratti avrebbe raccomandato maggiore accortezza nell'uso dei termini e nella scelta delle soluzioni, perché la costruzione della piramide concettuale e normativa (cfr., *retro*, par. 2), con disposizioni destinate ad astrarsi dai contesti iniziali per irradiare le norme sottostanti, prometteva di divenire fattore di ridondanza dell'errore.

Quanto al metodo e alla natura dello strumento CESL, deve svolgersi una considerazione che investe direttamente l'art. 89 e che si riproporrà se e quando l'Europa penserà di introdurre un diritto europeo dei contratti relativo anche agli istituti generali, quali sono sicuramente quelli cui fanno riferimento l'inadempimento e l'eccessiva onerosità sopravvenuta. Come si è avuto modo di riferire, le disposizioni sul mutamento di circostanze hanno sempre testimoniato, anche negli ordinamenti di *common law*, una fonte di tensione interna al diritto dei contratti e ai relativi discorsi giuridici, perché esse costituiscono spesso la porta d'ingresso del giudice nel tempio sacro dell'autonomia privata. Mentre esigenze di giustizia contrattuale hanno raccomandato (più o meno condivisibilmente) il superamento del paradigma classico («enforce as written»)⁷⁰, d'altra parte in contesti di contrattazione interprofessionale occorre capire quale sia il gradimento delle parti per soluzioni come quelle che proponeva l'art. 89. Bisogna dare atto al legislatore europeo che la soluzione perfetta non esiste; anche l'art. 89 era norma derogabile e, nella misura in cui le parti avessero preferito soluzioni idiosincratiche, sarebbero state libere di disporre diversamente, soprattutto per mitigare o elidere quello che autorevole dottrina ha identificato come «rischio giudice»⁷¹.

⁶⁹ Scetticismo, al riguardo, era stato espresso, tra i primi, da E.A. POSNER, *The Questionable Basis for the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 597, 2012, 9 («Cross-border disputes will continue to be adjudicated by national courts, albeit under the very broad supervision of the European Court of Justice. It is in the nature of things that different court systems will interpret the same text differently»; nota omessa).

⁷⁰ Proprio con riferimento alla materia dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e in prospettiva comparativa, le ragioni economiche che supportano l'orientamento di chi si professa fedele al testo contrattuale e sconsiglia l'intervento del giudice sono richiamate da PARDOLESI, *Regole di default*, cit., 451 ss. Del resto, non mancano autorevoli voci, anche nelle schiere dei giuristi-economisti, che difendono l'opzione giurisdizionale in sede di aggiustamento della relazione contrattuale; cfr., per esempio, M.P. GERGEN, *A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts*, 71 *Ind. L.J.* 45, 99 (1995) («[T]he performance of judges under these doctrines is not so bad as to justify abolishing the doctrines, as some have proposed. The better course is to try to improve judges' performance by refining the doctrines»).

⁷¹ Questo accade, per esempio, rispetto all'art. 1467 c.c., che in oltre settant'anni di codificazione ha avuto una limitata applicazione giurisprudenziale. Per un contributo recente sulla materia cfr. E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55.

Una norma derogabile all'interno di un codice civile è semplicemente un supporto all'autonomia privata; essa resta sullo sfondo, anche se può, di volta in volta, assumere un ruolo principale nella vicenda contrattuale. Il CESL, però, non era concepito come un codice civile, bensì come uno strumento opzionale introdotto mediante regolamento e non è del tutto realistico pensare che esso fosse opzionato per intero per poi essere selettivamente derogato tutte le volte che le soluzioni offerte non fossero condivisibili, tenuto conto della significativa dose di norme imperative in esso contenuto e dello spazio angusto lasciato all'autonomia privata⁷². Il buon senso, prima ancora che considerazioni in ordine all'intensità dei costi di transazione, suggeriva che ciò non sarebbe accaduto, a meno che le soluzioni proposte dal CESL in altre parti fossero così vantaggiose da giustificare la doppia fatica dell'opzione *en bloc* e delle contestuali deroghe⁷³.

Le norme sulle patologie del sinallagma sono centrali per la qualità del diritto contrattuale, ma le considerazioni da ultime svolte ricordano che è necessaria una visione olistica per la valutazione dello strumento opzionale e non giudizi circoscritti alle singole disposizioni o ai singoli istituti⁷⁴.

8. Le vicende della Brexit e quello che verosimilmente ne conseguirà avranno riflessi sui processi di edificazione del diritto contrattuale europeo? Si tratta di una

⁷² Si trattava di norme imperative talvolta soltanto unilateralmente derogabili (ma sulla dialettica norme imperative/norme dispositive e livelli di derogabilità cfr. già G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1993, 499). In base al Regolamento Roma I, il CESL, in quanto diritto degli Stati membri (perché introdotto mediante regolamento) poteva essere oggetto di scelta delle parti (art. 3), esattamente come ogni altro ordinamento nazionale (europeo e non), compreso quello dei contraenti. Peraltro, se le parti contraenti vengono da Paesi che hanno ratificato la Convenzione di Vienna, la scelta del CESL avrebbe concorso con il regime dispositivo della Convenzione. Infine, bisogna tener conto che se il contratto è con un consumatore, devono trovare applicazione le norme di applicazione necessaria, la cui cogenza non può essere esclusa dalla scelta delle parti *ex art.* 6 del Regolamento Roma I (cfr., *retro*, nota 1). Come chiosano significativamente The Law Commission and the Scottish Law Commission, *An Optional Common European Sales Law*, cit., § 7.34, «[t]he main problem with the current system is that there is *too much choice*» (corsivo aggiunto). Sui rapporti tra CESL e diritto internazionale privato cfr. G. RÜHL, *The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?*, Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2012/5.

⁷³ Una prospettiva di analisi economica, diretta a supportare una pretesa di praticabilità delle soluzioni offerte dal CESL, veniva da G.G. GARUZA, F. GOMEZ, *Optional Law for Firms and Consumers: Economic Benefit of Opting into the Common European Sales Law?*, in MOCCIA, *The Making*, cit., 93. Proprio sul tema dei rapporti tra norme imperative e norme dispositive, autorevolmente A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 3, aveva tratto la conclusione che «al di là di ogni valutazione di desiderabilità, si può concludere che il diritto europeo dei contratti farà largo spazio a norme semplicemente dispositive, o non sarà» (nota omissa); il legislatore europeo pare di diverso avviso ed è pronto a sperimentare una soluzione alternativa.

⁷⁴ Occorre allora chiedersi se sarà raggiunto, stante l'attuale configurazione dello strumento, l'obiettivo di semplificare e rendere meno costosa la conclusione di contratti transfrontalieri, già dichiarato all'interno della Comunicazione della Commissione, *Europa 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, cit., (cfr., *retro*, nota 11).

domanda la cui risposta è affidata alla storia, che però è in attesa di essere scritta. Certamente, nella prospettiva di recuperare in tutto o in parte l'elaborazione nella quale l'Unione europea ha investito finora, alcuni insegnamenti possono dirsi acquisiti.

In primo luogo, lo strumento opzionale – per le ragioni sopra richiamate – è decisamente una soluzione sbagliata. In secondo luogo, la costruzione di un edificio generale (una “codificazione” europea) appare non solo tecnicamente difficile, ma praticamente inutile; mentre i codici nazionali invecchiano, pensare di creare uno europeo, tendenzialmente insensibile ai processi di decodificazione, è illusorio⁷⁵. Terzo: come dimostrano le norme su inadempimento e sopravvenienze, bisogna immaginare disposizioni autonome e non intercalate in fitti reticolati normativi, rispetto ai quali l'astrazione è impossibile. Infine, non si può immaginare un processo di integrazione delle norme di diritto dei contratti come affatto esclusivo dei legislatori o della scienza giuridica, posto che il terreno di validazione di tutte le soluzioni, anche le più sofisticate, resta quello della giurisprudenza.

⁷⁵ Come ha scritto RESCIGNO, *Codice*, cit., 250, il discorso sulla codificazione «senza le tensioni ideali di un tempo» può produrre il rischio che si reciti, «fuori di un superato contesto, un vecchio copione». Per una prospettiva critica si veda anche C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles. Dal Defr alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e dir. privato*, 2011, 837. Sul diverso significato che la codificazione ha assunto nel quadro europeo si vedano le considerazioni di RAJSKI, *Trends towards global harmonization*, cit., 418 s.



I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale*

di Giovanni Strampelli**

SOMMARIO: 1. Flussi informativi e funzione di controllo: il centrale ruolo del collegio sindacale. – 2. Organo di controllo e flussi informativi tra testo unico della finanza, codice civile e Codice di autodisciplina. – 3. Il dovere di informazione gravante sull'organo amministrativo: l'ammissibilità dell'assolvimento del medesimo da parte degli organi delegati. – 4. Segue: il coordinamento con gli altri flussi informativi diretti al collegio sindacale e con il potere del medesimo di richiedere informazioni ex art. 151 t.u.f. – 5. Segue: modalità attuative e contenuti. – 6. Lo scambio di informazioni tra l'organo di controllo e il soggetto incaricato della revisione legale. – 7. I flussi informativi tra l'organo di controllo e i preposti al sistema di controllo interno.

1. L'introduzione dell'art. 150 del Testo unico della finanza ha dato avvio al percorso evolutivo – proseguito con la riforma del diritto societario del 2003 e con le progressive modifiche del Codice di autodisciplina – che ha condotto ad un'analitica regolamentazione della circolazione (interorganica e intraorganica) delle informazioni¹. Dall'impostazione accolta dal legislatore e dal Codice di autodisciplina traspare, chiaramente, che una efficiente circolazione delle informazioni all'interno della società e tra gli organi è considerata condizione necessaria per l'efficace funzio-

* Una precedente versione dello scritto, nella forma di commento all'art. 150 t.u.f., è pubblicata in *Le Società per Azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2016.

** Professore associato di diritto commerciale presso l'Università L. Bocconi di Milano.

¹ Cfr. Montalenti, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, 295; Montalenti – Balzola, *La società per azioni quotata*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso – Panzani, vol. 2, Bologna – Roma, 2010, 1948; Zamperetti, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società di capitali*, Milano, 2005, 9 ss.; Caterino, *Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate*, Bari, 2012, 24 ss.; Meruzzi, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova, 2012, *passim*; Cariello, *I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa – Portale, vol. 2, Torino, 2007, 778 ss., che ravvisa l'esistenza di un «principio generale di corretta collaborazione e cooperazione interorganica e intraorganica». Conformi sono altresì le previsioni speciali per il settore bancario contenute dalle Disposizioni di vigilanza per le banche (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013), in base alle quali per lo svolgimento delle proprie attribuzioni l'organo di controllo «dispone di adeguati flussi informativi da parte degli altri organi aziendali e delle funzioni di controllo».

namento dei sistemi di amministrazione e controllo². Come è stato di recente posto in luce³, le richiamate evoluzioni legislative hanno determinato una «mutazione genetica» dell'informazione, la quale non rileva più soltanto «come mero insieme di dati conoscitivi strumentali all'esercizio di un diritto, di una facoltà, di un poterdovere, di una funzione» ma assume ora un ruolo maggiormente pervasivo, giacché costituisce – in relazione sia alla funzione amministrativa che a quella di controllo – un canone al quale deve conformarsi l'azione degli organi sociali, uno strumento di «tracciabilità» dei comportamenti nonché un parametro per la ricostruzione dei profili di responsabilità⁴.

In questo contesto, l'art. 150 t.u.f. rende esplicito con riferimento alle società quotate – benché, invero, a conclusioni sostanzialmente coincidenti possa giungersi in generale per tutte le società azionarie – che il legislatore ha inteso assegnare all'organo di controllo una essenziale funzione di gestione ed impulso dei flussi informativi, sì da assicurarne l'efficiente e tempestiva circolazione⁵. L'organo di controllo costituisce, infatti, lo snodo centrale nel sistema dei flussi informativi, giacché esso svolge al tempo stesso il ruolo «di destinatario, di ricercatore, di fonte di informazioni»⁶.

Come risulta dalla norma in esame nonché – come più analiticamente illustrato nel prosieguo – dalla complessiva disciplina delle funzioni dell'organo di controllo dettata dal testo unico della finanza e dal Codice di autodisciplina, esso non soltanto è destinatario del flusso informativo «discendente» proveniente dal consiglio di amministrazione e dei flussi «ascendenti» originati dal soggetto incaricato della revisione legale dei conti e dalla funzione di *internal audit* ma può altresì di propria iniziativa attivare tali canali informativi per ottenere le informazioni necessarie per l'esercizio della propria funzione di controllo e vigilanza.

Coerente con una siffatta centralità dell'organo di controllo sono, del resto, le proposte in base alle quali, nell'ottica di una razionalizzazione del sempre più articolato sistema dei controlli⁷, il collegio sindacale – ovvero il consiglio di sorveglian-

² Montalenti, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, 295; Mosco, *Cognosco, ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di Alessi – Abriani – Morera, Milano, 2007, 312; Zamperetti, *op. cit.*, 15 ss.; F. Vassalli, *I controlli sindacali nella s.p.a. "tradizionale"*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di Vietti, Assago, 2014, 394 ss.; Caprara, *Il collegio sindacale nella nuova disciplina della revisione legale*, in *Contr. impr.*, 2013, 567.

³ Montalenti, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 3 ss. del dattiloscritto, da dove i virgolettati nel testo.

⁴ V. ancora Montalenti, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, 4; Montalenti, *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario. Novità e prospettive*, in *NDS*, 15/2015, 17.

⁵ Caterino, *op. cit.*, 28; Caprara, *op. cit.*, 573 s.

⁶ In questo senso Mosco, *op. cit.*, 312, da dove il virgolettato.

⁷ Sia consentito rinviare sul punto a Strampelli. *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013, 1 ss.

za o il comitato per il controllo sulla gestione – dovrebbe assumere una funzione di coordinamento degli (ormai numerosi) attori del sistema dei controlli interni⁸.

Una inequivocabile indicazione in tal senso proviene, del resto, dalla disciplina bancaria e, segnatamente, dalle Disposizioni di vigilanza sul governo societario emanate dalla Banca d'Italia, le quali prevedono che «l'organo di controllo ha la responsabilità di vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni», precisando che al medesimo organo compete di accertare «l'efficacia di tutte le strutture e funzioni coinvolte nel sistema dei controlli e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate»⁹.

2. Ricostruito sinteticamente il rilievo sistematico dell'art. 150 t.u.f., prima di passare alla più analitica disamina delle disposizioni in esso contenute, è opportuno, in via preliminare, ricostruire il coordinamento dell'art. 150 t.u.f. con le previsioni del codice civile e del Codice di autodisciplina che concorrono a delineare le prerogative informative dell'organo di controllo. In questa prospettiva risulta evidente, anzitutto, la parziale sovrapposizione tra l'art. 150 t.u.f. e gli artt. 2381 e 2409-*septies* c.c., giacché anche questi ultimi prevedono lo scambio di informazioni tra l'organo di controllo e gli amministratori e il soggetto incaricato della revisione legale. Ferma tale identità di fondo – in forza della quale gli spunti esegetici formulati in relazione agli artt. 2381 e 2409-*septies* c.c. possano rilevare anche per l'interpretazione dell'art. 150 t.u.f. –, la norma applicabile alle società quotate presenta talune non trascurabili differenze dirette sia a rendere più frequente il suddetto obbligo gravante sugli amministratori sia, soprattutto, ad ampliare i canali informativi diretti all'organo di controllo nonché i poteri di “attivazione” dei medesimi concessi allo stesso organo; più esteso è, inoltre, l'ambito delle materie oggetto dei flussi di informazioni destinate a circolare mediante tali canali. Un simile rafforzamento delle prerogative informative dell'organo di controllo nelle società quotate non è imputabile ad una diversità dell'oggetto (astratto) dei controlli che il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione sono chiamati a svolgere¹⁰, quanto all'entità e alla qualità dei flussi informativi generati dalla società che, di regola, sono destinati ad aumentare in proporzione al grado di apertura della medesima al mercato¹¹.

⁸ Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 75; Abriani, *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione)*, in *Corporate governance e “sistema dei controlli” nella s.p.a.*, a cura di Tombari, Torino, 2013, 102 ss.

⁹ Si vedano le *Disposizioni di vigilanza per le banche. Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013*. Cfr. altresì Montalenti, *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario. Novità e prospettive*, 27 ss.

¹⁰ Strampelli, *op. cit.*, 22 ss.

¹¹ Caterino, *op. cit.*, 28, la quale ravvisa, in questa ottica, una continuità tra le regole codicistiche e quelle del testo unico della finanza.

A differenziare ulteriormente la disciplina applicabile alle società quotate in merito al “sistema informativo” facente capo all’organo di controllo concorrono altresì le disposizioni del Codice di autodisciplina le quali, come accennato, sotto diversi profili regolano (ampliandoli) i flussi informativi diretti all’organo di controllo e rafforzano i poteri di raccolta di informazioni ad esso riconosciuti. Quanto sin qui notato implica, sul piano metodologico, che, ai fini della ricostruzione della disciplina dei flussi informativi dettata dall’art. 150 t.u.f. e, in specie, della disamina numerose problematiche applicative alle quali essa dà luogo, la sola “comparazione” di tale norma con quelle corrispondenti degli artt. 2381 e 2409-*septies* del codice civile non costituisce un criterio esegetico esaustivo (seppur in grado fornire utili spunti), poiché le disposizioni dell’art. 150 t.u.f. necessariamente debbano essere “lette” anche alla luce delle indicazioni sia del Codice di autodisciplina, che contribuiscono a precisare le modalità e i contenuti degli scambi informativi tra l’organo di controllo e il consiglio di amministrazione (e i comitati costituiti al suo interno) e la funzione di controllo interno, sia del d. lgs. 39/2010 che incide sul rilievo e sul contenuto dei rapporti tra organo di controllo e revisore legale.

Prima di procedere oltre è altresì opportuno sottolineare che l’art. 150 t.u.f. trova applicazione indipendentemente dal modello di amministrazione e controllo prescelto, in quanto il secondo e il quinto comma prevedono l’applicazione del regime dei flussi informativi diretti al collegio sindacale anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione. Di seguito l’analisi sarà, tuttavia, condotta principalmente con riferimento al modello c.d. tradizionale, atteso anche che l’applicazione dell’art. 150 t.u.f. in caso di adozione dei modelli alternativi di amministrazione e controllo richiede adattamenti in concreto limitati.

3. Il primo comma dell’art. 150 t.u.f. prescrive l’obbligo del consiglio di amministrazione di riferire al collegio sindacale con cadenza almeno trimestrale, indirizzando così ad esso un primo flusso informativo essenziale per l’efficace svolgimento delle funzioni di controllo sull’amministrazione attribuitegli¹². Al momento della sua introduzione l’art. 150 t.u.f. presentava profili di assoluta novità e rendeva il sistema informativo facente capo al collegio sindacale delle società quotate molto più pervasivo di quello previsto dalle norme codicistiche, le quali prescrivevano l’obbligo degli amministratori di riferire soltanto in circostanze specifiche¹³. Lo “scalino normativo” esistente tra società quotate e non quotate si è sensibilmente ridotto in

¹² Cfr. Magnani, *Art. 150*, in *La disciplina delle società quotate*, a cura di Marchetti – Bianchi, t. 2, Milano, 1999, 1728, secondo la quale la disposizione in esame conferma che al collegio sindacale compete un controllo «a tutto campo» sulla gestione.

¹³ Si vedano Cavalli, *Art. 150*, in *Testo unico della finanza*, diretto da G.F. Campobasso, t. 2, Torino, 2002, 1248, il quale menziona, tra gli altri, l’obbligo di riferire circa la presenza di conflitti di interessi nel consiglio di amministrazione e l’obbligo di trasmissione del progetto di bilancio; Tonelli, *Art. 150*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di Fratini – Gasparri, t. 2, Assago, 2012, 2017; Valensise, *Il “nuovo” collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, 2000, 154;

occasione della riforma del diritto societario del 2003 che (assumendo evidentemente come modello le previsioni del t.u.f.) per tutte le società azionarie ha previsto, all'art. 2381, comma 5, c.c., l'obbligo degli organi delegati di riferire al *plenum* del consiglio di amministrazione e al collegio sindacale¹⁴.

Nonostante tale avvicinamento, persistono rilevanti differenze tra la norma del testo unico della finanza e quella codicistica. Quest'ultima, in primo luogo, prevede una cadenza almeno semestrale anziché trimestrale come l'art. 150 t.u.f. – fermo restando che, in entrambi i casi, la tempistica può essere resa maggiormente stringente dallo statuto nonché dalla stessa prudente valutazione degli amministratori –, sembrando tale difformità imputabile alla maggiore complessità caratterizzante, di regola, l'attività delle società quotate nonché agli specifici adempimenti (per lo più di natura informativa) previsti dalla disciplina speciale. La principale differenza tra le due norme in esame è da ravvisare, tuttavia, nel diverso "ruolo" del collegio sindacale, il quale ai sensi dell'art. 150 t.u.f. costituisce l'unico destinatario del flusso informativo mentre, in base alla norma codicistica, beneficia dello scambio di informazione endoconsiliare tra gli organi delegati e il *plenum* del consiglio¹⁵. Ne risulta, quindi, che nelle società quotate il flusso informativo interorganico è obbligatorio mentre in quelle non quotate esso ha luogo soltanto nel caso in cui si renda necessario un dovere di informazione interorganico nell'organo amministrativo, ossia soltanto qualora questo sia pluripersonale e siano stati istituiti al suo interno organi delegati¹⁶.

Alla luce di quanto testé osservato trova giustificazione l'ulteriore difformità in forza della quale l'art. 2381, comma 5, c.c. pone il dovere di informazione a carico degli organi delegati mentre l'art. 150 t.u.f. fa gravare lo stesso sul *plenum* consiliare. In base al tenore letterale della norma che non detta un'indicazione univoca sul punto, risulta controverso se l'obbligo di collaborazione informativa debba essere necessariamente assolto collegialmente dall'organo amministrativo ovvero se possa essere delegato ad alcuni dei suoi componenti, atteso che il primo comma dell'art. 150 t.u.f. rimette allo statuto di stabilire le modalità di adempimento dell'obbligo di informazione. Né appare dirimente a riguardo la previsione del secondo comma dell'art. 150 t.u.f. secondo la quale, nel modello monistico, l'obbligo previsto dal primo comma è adempiuto «dagli organi delegati nei confronti del comitato per il controllo sulla gestione», giacché in tal caso la competenza degli organi delegati è imposta dalla configurazione del modello di amministrazione e controllo prescelto.

Ciò detto, i termini della questione possono essere meglio precisati chiarendo, anzitutto, che non sussistono dubbi in merito alla facoltà del consiglio stesso o dello

¹⁴ Abriani-Montalenti, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in Aa. Vv., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. IV, t. 1, Padova, 2010, 618 ss.

¹⁵ Per alcune considerazioni in merito cfr. Zamperetti, *op. cit.*, 187 ss.

¹⁶ Caterino, *op. cit.*, 68; Tonelli, *op. cit.*, 2018.

statuto di affidare ad uno o più amministratori il compito di riferire materialmente al collegio sindacale. L'affidamento di un simile incarico a uno o più componenti dell'organo amministrativo riguarda esclusivamente le modalità di comunicazione delle informazioni al collegio sindacale ma non il profilo decisionale concernente l'individuazione del contenuto della comunicazione diretta all'organo di controllo¹⁷. Per tale ragione è condivisibile l'opinione secondo cui la nomina di un "portavoce" non darebbe luogo all'attribuzione di una delega da parte del consiglio in quanto un simile incarico esula dalle funzioni gestorie¹⁸, con la necessaria conseguenza che una siffatta ripartizione di competenze non implica in alcun modo l'esonero di responsabilità degli altri amministratori e non impone ai sindaci di considerare gli amministratori indicati dal consiglio quali unici referenti in caso di eventuali richieste di informazioni aggiuntive o di chiarimenti¹⁹.

Risulta, invece, maggiormente controverso se il dovere di relazione debba essere assolto con un'esposizione²⁰ che sia necessariamente il frutto di una valutazione collegiale dell'organo amministrativo ovvero se si tratti di funzione delegabile ad alcuni soltanto degli amministratori rimettendo a costoro anche la "selezione" (e non soltanto la materiale trasmissione) delle informazioni da comunicare all'organo di controllo²¹. Secondo una più restrittiva impostazione, il riconoscimento di un'inderogabile competenza del *plenum* non soltanto favorirebbe una maggiore ponderazione dell'informazione da trasmettere al collegio sindacale ma consentirebbe altresì la contestuale e tempestiva informazione degli amministratori deleganti sull'attività svolta dai delegati²². Si obiettava, tuttavia, che, da un lato, la lettera del primo comma dell'art. 150 t.u.f. non consentiva di affermare l'illegittimità di una delega in materia, dall'altro, che in tal modo si sarebbe implicitamente introdotto un dovere di adunanza trimestrale del consiglio di amministrazione, che avrebbe posto problemi di compatibilità con l'esclusione della disciplina dell'organo di gestione dalla delega legislativa sulla quale si fonda il t.u.f.²³. Inoltre la delega di tale funzione non avrebbe pregiudicato in sé il diritto all'informazione degli amministratori deleganti, giacché per evitare tale conseguenza non era necessario imputare l'onere di collaborazione informativo al consiglio ma sarebbe stato sufficiente prevedere l'onere a ca-

¹⁷ Tonelli, *op. cit.*, 2019.

¹⁸ Si vedano in merito a tale profilo Caterino, *op. cit.*, 66; Tonelli, *op. cit.*, 2019, che parla di «delega atipica», ma riferendosi all'ipotesi in cui all'amministratore sia delegato anche l'individuazione del contenuto della comunicazione; Magnani, *op. cit.*, 1729.

¹⁹ Caterino, *op. cit.*, 66 s.

²⁰ Che può assumere forma orale o scritta: v. *infra* par. 5.

²¹ Molto chiaramente sul punto Caterino, *op. cit.*, 66.

²² In questo senso, sembra, Parrella, *Art. 150*, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria. Commentario*, a cura di Rabitti Bedogni, Milano, 1998, 800.

²³ Di questo avviso Montalenti – Balzola, *op. cit.*, 1950; Ambrosini, *Art. 150*, in *La legge Draghi e le società quotate in Borsa*, diretto da Cottino, Torino, 1999, 287 s.; Cavalli, *Art. 150, 1252*; Maimeri, *Art. 150*, in *Commentario al testo unico della finanza*, a cura di Alpa – Capriglione, Milano, 1998, 1390.

rico degli organi delegati di porre a disposizione degli amministratori non esecutivi, preventivamente o contestualmente, le medesime informazioni destinate al collegio sindacale²⁴.

Le argomentazioni da ultimo riportate, avanzate all'indomani dell'emanazione del t.u.f., trovano ora riscontro, a seguito della riforma del diritto societario, nella disposizione dell'art. 2381, comma 5, c.c., che ha introdotto l'obbligo generale (applicabile a tutte le società per azioni) degli organi delegati di riferire al consiglio d'amministrazione con cadenza almeno semestrale²⁵. La norma appena richiamata limita certamente il rischio che la comunicazione diretta da parte degli organi delegati al collegio sindacale escluda i consiglieri non esecutivi dal flusso informativo fornendo così maggiore fondamento alla tesi già in precedenza prevalente²⁶.

Appare, pertanto, eccessivamente rigida la ricostruzione prospettata da un autore²⁷ secondo cui la sovrapposizione dell'art. 150 t.u.f. con l'art. 2381, comma 5, c.c. condurrebbe ad una soluzione articolata in forza della quale l'obbligo di comunicazione graverebbe alternativamente sugli organi delegati ovvero su *plenum* a seconda che sia prevista o meno la delega di funzioni: in presenza di quest'ultima sarebbe, infatti, corretto ritenere che l'obbligo gravi sui delegati i quali sono meglio in grado di raccogliere e selezionare le informazioni da trasmettere al collegio sindacale.

Escluso che vi siano preclusioni all'imputazione agli organi delegati della "selezione" (oltre che della trasmissione) delle informazioni destinate all'organo di controllo, è necessario rimarcare che sussisterebbe comunque una non giustificabile asimmetria dell'intensità dei flussi informativi destinati, rispettivamente, al collegio sindacale e agli amministratori deleganti, poiché – come già ricordato – per il primo l'art. 150 t.u.f. prevede una cadenza trimestrale, mentre per il secondo l'art. 2381, comma 5, c.c. detta un termine semestrale. A tale incongruenza si è tentato di porre rimedio in via interpretativa²⁸, desumendo dal quinto comma dell'art. 2381 c.c. – che impone di riferire contestualmente al collegio sindacale e al *plenum* del consiglio di amministrazione – un principio di equivalenza dei flussi informativi destinati ai sindaci e agli amministratori non esecutivi, considerato che entrambi sono titolari, seppur con ruoli e competenze non coincidenti, di funzioni di controllo. Pur dovendo in generale condividersi tali rilievi, è importante osservare che la questione in esame trova lineare soluzione là dove la società aderisca al Codice di autodisciplina, in base al quale «l'organo amministrativo stabilisce la periodicità, comunque non superiore al trimestre, con la quale gli organi delegati devono riferire al consiglio circa l'attività svolta nell'esercizio delle deleghe loro conferite»²⁹.

²⁴ Montalenti, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nelle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 336; Zamperetti, *op. cit.*, 227 nota 86.

²⁵ Caterino, *op. cit.*, 68 ss.

²⁶ Zamperetti, *op. cit.*, 226 ss.

²⁷ Tonelli, *op. cit.*, 2019.

²⁸ Zamperetti, *op. cit.*, 230 ss.; Meruzzi, *op. cit.*, 209 ss.

²⁹ Così il criterio applicativo 1.C.1, lett. d) del Codice di autodisciplina.

Quando il compito di assolvere l'obbligo di collaborazione informativa *ex art.* 150, comma 1, t.u.f. è attribuito agli organi delegati, la scelta di tale assetto organizzativo non può incidere sul contenuto del flusso informativo destinato all'organo di controllo che necessariamente deve riferirsi all'attività del consiglio di amministrazione nel suo complesso e non esclusivamente ai profili di gestione rientranti nella competenza dell'amministratore delegato cui è affidata l'elaborazione dell'informativa destinata ai sindaci. Di conseguenza, quest'ultimo è tenuto, da un lato, a riferire all'organo di controllo in merito alle decisioni e agli accadimenti più rilevanti concernenti il *plenum* del consiglio (si pensi, ad esempio, al conflitto di interessi denunciato da un amministratore riguardo a una decisione collegiale), dall'altro, ad interagire con gli altri organi delegati eventualmente esistenti sì da offrire «un quadro esauriente dell'attività svolta dall'organo amministrativo nel suo complesso durante il periodo cui si riferisce il flusso [informativo]»³⁰.

Tanto chiarito, è opportuno da ultimo rimarcare che qualora un amministratore (di regola il presidente, ovvero altro componente dell'organo amministrativo individuato dal consiglio stesso o dallo statuto) sia chiamato a riferire materialmente al collegio sindacale in ossequio al precetto di cui al primo comma dell'art. 150 t.u.f., l'«atto», in forma scritta o orale, con il quale l'amministratore incaricato trasmette le informazioni all'organo di controllo costituisce il formale adempimento dell'obbligo di informazione gravante sul consiglio di amministrazione³¹. Nello svolgimento di tale incarico l'amministratore designato svolge pertanto la funzione di *nuncius*, sicché in alcun modo può ritenersi che la trasmissione di una determinata informazione implichi un implicito assenso – o, comunque, una forma di condivisione – dell'amministratore alle operazioni o alle decisioni delle quali egli è tenuto a riferire. Ne risulta che, ad esempio, qualora l'amministratore non abbia partecipato alla votazione in merito al compimento di una determinata operazione, il fatto che egli successivamente riferisca al collegio sindacale sulla medesima operazione (in quanto giudicata «di maggior rilievo economico») non rappresenta certamente una forma di «consenso» o «approvazione» (successivi) al compimento della stessa.

Tale conclusione sembra valere non soltanto nell'eventualità in cui all'amministratore sia attribuito il compito esclusivamente di riferire materialmente al collegio sindacale le informazioni individuate dal consiglio di amministrazione, ma altresì qualora il singolo amministratore sia incaricato della «selezione» delle informazioni da trasmettere all'organo di controllo, atteso che anche in questa seconda ipotesi

³⁰ In questi termini Zamperetti, *op. cit.*, 227 ss., da dove il virgolettato nel testo; conforme Meruzzi, *op. cit.*, 202, nota 130.

³¹ Richiamando le categorie proprie del diritto amministrativo, la comunicazione effettuata dall'amministratore al collegio sindacale presenta – nella prospettiva indicata nel testo – analogie con le note nonché con gli atti di conoscenza e informativi, i quali – a differenza dei pareri – sono destinati a soddisfare esigenze di conoscenza e di informazione e non implicano una elaborazione funzionale dei dati trasmessi o una valutazione degli stessi da parte dell'ufficio tenuto ed effettuare la comunicazione. V. per un'ampia disamina in merito F. Trimarchi, *Parere*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 5.

l'atto consistente nella comunicazione delle informazioni sugli eventi e sulle operazioni giudicati di maggior rilievo produce pur sempre quale unico effetto l'adempimento dell'obbligo di cui al primo comma dell'art. 150 t.u.f.

4. Prima di procedere all'analisi delle modalità attuative e dei contenuti del dovere di collaborazione informativa imposto agli amministratori dal primo comma dell'art. 150 t.u.f. è necessario altresì considerare come tale dovere si coordini con i poteri informativi riconosciuti al collegio sindacale nonché con gli altri momenti di "scambio informativo" previsti dal codice civile, dal t.u.f. e dal Codice di autodisciplina. Oltre che dall'obbligo di riferire gravante sugli amministratori al ricorrere di specifiche circostanze (ad esempio, la comunicazione degli interessi particolari dell'amministratore prevista dal primo comma dell'art. 2391 c.c.), risulta evidente che la disponibilità di adeguati flussi informativi è assicurata all'organo di controllo delle società quotate soprattutto dalla partecipazione dei suoi componenti alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo (art. 149, comma 2, t.u.f.) nonché mediante l'obbligo *ex art.* 2381, comma 5, c.c. degli organi delegati di riferire con cadenza almeno semestrale al consiglio di amministrazione e all'organo di controllo³².

Quanto al coordinamento tra il precetto dell'art. 150, comma 1, t.u.f. e il dovere dei sindaci di partecipare alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, all'indomani dell'emanazione del t.u.f. e prima della riforma del diritto societario, si era osservato che, dovendo i sindaci essere già a conoscenza delle decisioni adottate dagli amministratori, per effetto della partecipazione alle riunioni dell'organo amministrativo (ed, eventualmente, del comitato esecutivo), la relazione *ex art.* 150 t.u.f. era diretta principalmente ad informare i sindaci circa gli sviluppi attuativi di quelle decisioni nonché in merito all'attività degli amministratori delegati che non necessariamente doveva trovare tempestiva rilevazione nei verbali delle riunioni degli organi collegiali e poteva perciò restare ignota al collegio sindacale³³. Recentemente, inoltre, si è osservato – in prospettiva, per certi versi, opposta a quella appena descritta – che il flusso informativo garantito dall'art. 150 t.u.f. può risultare talora funzionale a consentire ai sindaci di partecipare in modo adeguatamente informato alle riunioni degli organi sociali³⁴.

³² Ambrosini, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, in Aa. Vv., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. IV, t. 1, Padova, 2010, 766.

³³ Cavalli, *Art. 150*, 1250; Maimeri, *op. cit.*, 1389; Magnani, *op. cit.*, 1728; Ambrosini, *Art. 150*, 287; Parrella, *op. cit.*, 801, secondo il quale si potrebbe omettere, anche in forza di apposita previsione statutaria in tal senso, la comunicazione ai sindaci delle attività e delle operazioni delle quali sia fornita sufficiente informazione nei verbali delle riunioni del consiglio o del comitato esecutivo. Tale suggerimento sembra, tuttavia, poter essere accolto soltanto nelle eventualità in cui non si registri la necessità di aggiornare l'organo di controllo in merito alle successive evoluzioni delle attività e delle operazioni in precedenza illustrate.

³⁴ Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (Cndcec), *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, aprile 2015, disponibili sul sito www.cndcec.it, 80.

Queste argomentazioni, seppur condivisibili, risultano, tuttavia, almeno in parte, superate in forza dell'obbligo di riferire con cadenza almeno semestrale imposto agli organi delegati dall'art. 2381, comma 5, c.c. nonché della già richiamata previsione del criterio applicativo 1.C.1, lett. *d*) del Codice di autodisciplina che riduce il suddetto intervallo temporale a tre mesi, conducendo così ad una scansione temporale coincidente con quella prevista dall'art. 150 t.u.f.³⁵. Nell'attuale contesto normativo, benché (almeno in apparenza) non vi sia perfetta coincidenza tra le informazioni oggetto dei doveri di informazione previsti rispettivamente dagli artt. 2381, comma 5, c.c. e dall'art. 150, comma 1, t.u.f., appare pertanto opportuno – come più ampiamente illustrato nel successivo paragrafo – che questi siano adempiuti contestualmente in occasione della riunione consiliare da convocare almeno trimestralmente per ricevere l'informativa predisposta dagli organi delegati.

A ridimensionare, sul piano applicativo, la rilevanza del dovere informativo previsto dall'art. 150 t.u.f. rispetto alle intenzioni iniziali del legislatore del t.u.f., in aggiunta a quanto testé evidenziato, concorrono altresì le indicazioni del Codice di autodisciplina, le quali (seppur in modo non vincolante³⁶) richiedono la partecipazione del collegio sindacale – o, talora, del solo presidente o di un altro sindaco sui quali ricade l'obbligo di informare il collegio³⁷ – alle riunioni dei comitati endoconsiliari, con funzioni consultive e/o propositive, previsti dal Codice medesimo³⁸.

Più precisamente, le note di commento all'art. 6 ravvisano, anzitutto, l'opportunità che ai lavori del comitato per la remunerazione partecipi il presidente del collegio sindacale o altro sindaco da lui designato, ferma restando la possibilità di partecipazione anche degli altri sindaci; in ragione delle funzioni rispettivamente svolte, ancor più rilevanti paiono, tuttavia, le molteplici occasioni di scambio informativo previste tra il collegio sindacale e il comitato controllo e rischi previste dagli artt. 7 e 8 del Codice³⁹. Oltre al dovere di partecipazione del presidente ovvero di un altro sindaco o dell'intero organo di controllo alle riunioni del comitato (v. principio 7.C.3), l'art. 7 prevede che il comitato deve consultare il collegio sindacale in merito all'approvazione annuale del piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di *internal audit* (7.C.1., lett. *c*), ai risultati esposti dal revisore legale nella eventuale lettera di suggerimenti e nella relazione sulle questioni fondamentali

³⁵ Cfr. Tonelli, *op. cit.*, 2018, secondo il quale l'art. 2381, comma 5, c.c. assumerebbe rilievo solo per l'informativa degli organi delegati verso il consiglio di amministrazione, trascurando però che in tal modo si registrerebbe un'asimmetria tra i flussi informativi intraorganici e endoconsiliari là dove il compito di assolvere il dovere di comunicazione ex art. 150 t.u.f. sia oggetto di delega.

³⁶ Lo sottolinea Caterino, *op. cit.*, 74 ss.

³⁷ Cndcec, *op. cit.*, 81.

³⁸ Cfr. Cndcec, *op. cit.* 81, secondo cui è opportuno che il presidente del collegio sindacale richieda che i sindaci siano invitati a partecipare alle riunioni e ai lavori dei comitati costituiti in seno al consiglio di amministrazione.

³⁹ Mosco, *op. cit.*, 321; Caterino, *op. cit.*, 74; Bortolotti, *I sindaci*, in *Le nuove s.p.a., Trattato*, diretto da Cagnasso – Panzani, vol. 4, Bologna – Roma, 2012, 294 ss.

emerse in sede di revisione legale (7.C.1., lett. e), al corretto utilizzo dei principi contabili e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato (7.C.2.).

Analogo obbligo di audizione del collegio sindacale è previsto per il consiglio di amministrazione riguardo a decisioni di particolare rilievo concernenti la funzione di *internal audit* e, segnatamente, la nomina e la remunerazione del responsabile della medesima nonché lo stanziamento a suo favore di risorse adeguate all'espletamento delle proprie responsabilità (7.C.1.). Considerata l'affinità dell' "ambito di operatività" dell'organo di controllo e del comitato controllo e rischi, il Codice di autodisciplina prevede altresì che tra di essi vi sia un tempestivo scambio delle informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti (8.C.5.).

Ciò detto, vanno altresì tenuti presenti i rapporti tra l'informazione periodica prevista dal primo comma dell'art. 150 t.u.f. e i poteri di richiesta di informazioni attribuiti al collegio sindacale dall'art. 151 t.u.f. In particolare, come è stato correttamente osservato, va considerato in quale misura il collegio sindacale possa richiedere l'integrazione del flusso informativo proveniente dall'organo amministrativo, mediante l'attivazione dei poteri *ex art.* 151 t.u.f., ai sensi del quale i sindaci, anche individualmente, possono in qualsiasi momento chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, ovvero rivolgere le medesime richieste di informazione direttamente agli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate⁴⁰. Non è controverso che i sindaci, anche individualmente, possano richiedere ulteriori informazioni agli amministratori sulle stesse materie oggetto di informativa ai sensi dell'art. 150 t.u.f., in specie là dove esse si presentino lacunose o contraddittorie, giacché, ove così non fosse, agli amministratori sarebbe consentito di fornire al collegio sindacale informazioni incomplete su materie rilevanti⁴¹.

Atteso che ai sensi del primo comma dell'art. 151 t.u.f. il potere di richiedere informazioni ivi previsto può essere esercitato «in qualsiasi momento», là dove l'informativa *ex art.* 150 t.u.f. sia resa nel corso delle riunioni del consiglio di amministrazione o comunque in forma orale, i sindaci (anche individualmente) possono sollecitare informazioni aggiuntive anche nel corso della riunione, salvo il diritto degli amministratori di rinviare la risposta a una successiva riunione o ad un'apposita comunicazione scritta, qualora non siano in grado di fornire immediatamente le informazioni aggiuntive loro richieste. L'eventuale diniego degli amministratori

⁴⁰ Caterino, *op. cit.*, 60 ss.

⁴¹ In questi termini Caterino, *op. cit.*, 61 s.; conformi Cndcec, *op. cit.*, 85; Valensise, *La disciplina del collegio sindacale*, in *Intermediari finanziari, mercati, società quotate*, a cura di Patroni Griffi – Sandulli – Santoro, Torino, 1999, 1081 s.; *contra* Ambrosini, *Art. 150*, 289; Parrella, *op. cit.*, 799, secondo i quali la previsione del primo comma dell'art. 150 t.u.f., fornendo una base continuativa di informazioni ai sindaci, indurrebbe ad escludere forme di controllo *una tantum* sulle materie oggetto della relazione degli amministratori. Per una convincente critica di tale impostazione si vedano però le osservazioni di Caterino, *op. cit.*, 62, note 29 e 30.

di fornire le integrazioni sollecitate dai sindaci è da considerare una grave irregolarità della quale l'organo di controllo è tenuto a dare notizia alla Consob ai sensi del terzo comma dell'art. 149 t.u.f.⁴².

Speculare a quello appena menzionato è l'interrogativo se l'eventuale trasmissione ai sindaci di informazioni a fronte di specifiche richieste effettuate ai sensi dell'art. 151, comma 1, t.u.f. in merito alle materie previste dal primo comma dell'art. 150 t.u.f. possa esonerare gli amministratori dall'adempimento dell'obbligo informativo prescritto dalla medesima norma⁴³, in quanto la relazione *ex art.* 150, comma 1, t.u.f. potrebbe risultare superflua qualora il collegio sindacale abbia in precedenza ricevuto, a fronte di una specifica richiesta ai sensi dell'art. 151 t.u.f., informazioni giudicate sufficienti. A favore della soluzione maggiormente permissiva depone il fatto che i sindaci sono gli unici destinatari della relazione proveniente dal consiglio di amministrazione e sembrano disporre perciò del potere di rinunciare a riceverla; inoltre, l'art. 150 t.u.f. non prevede né forme particolari di verbalizzazione o di redazione né obblighi di pubblicazione o di trasmissione ad altri soggetti.

Il collegio sindacale gode della suddetta facoltà anche qualora lo statuto preveda che la comunicazione *ex art.* 150, comma 1, t.u.f. va effettuata in forma scritta ovvero nel rispetto di specifiche formalità, in quanto una simile previsione statutaria non rende inderogabile l'assolvimento dell'obbligo di comunicazione da parte dell'organo amministrativo ma regola soltanto le modalità del medesimo. La facoltà del collegio sindacale di rinunciare alla relazione degli amministratori *ex art.* 150 t.u.f. non è però incondizionata: in specie, è da dubitare che tale rinuncia possa essere operata qualora la richiesta di informazioni ai sensi dell'art. 151 t.u.f. sia avvenuta in una data non prossima (essendo trascorsi, ad esempio, sessanta giorni) a quella in cui gli amministratori dovrebbero assolvere il loro dovere di informazione, sì che la rinuncia alla relazione degli amministratori potrebbe precludere l'ottenimento di informazioni rilevanti e costituire, in un eventuale giudizio di responsabilità, un indice di una condotta non diligente. Non v'è dubbio, inoltre, che al collegio sindacale non sia consentito rinunciare al flusso informativo proveniente dagli amministratori qualora le informazioni sulle materie oggetto della relazione *ex art.* 150, comma 1, t.u.f. non siano state rese al collegio sindacale bensì a un sindaco per effetto dell'attivazione individuale dei poteri d'indagine previsti dall'art. 151 t.u.f.⁴⁴.

5. Riguardo alle forme e ai tempi con i quali gli amministratori devono rendere al collegio sindacale l'informativa periodica il primo comma dell'art. 150 t.u.f. rimette, quasi integralmente, la regolazione di tali aspetti alla volontà degli amministratori ovvero all'autonomia statutaria. Quanto al profilo temporale, alla luce della lettera della norma in esame, non v'è dubbio che gli amministratori siano tenuti a

⁴² Cass. 10 febbraio 2009, n. 3251, in *Giur comm.*, 2010, II, 1076 ss., con nota di Parmeggiani.

⁴³ Solleva la questione Caterino, *op. cit.*, 63.

⁴⁴ Di questo avviso Caterino, *op. cit.*, 64.

riferire «tempestivamente», dunque in tempi brevi, ogni qual volta vi siano eventi e circostanze delle quali si ritenga necessario informare prontamente l'organo di controllo⁴⁵; inoltre, rientra certamente nella disponibilità degli amministratori e dello statuto di fissare una tempistica più stringente rispetto a quella trimestrale indicata in via residuale dal legislatore⁴⁶.

Per quanto concerne le modalità con le quali le informazioni devono essere trasmesse all'organo di controllo, il silenzio del primo comma dell'art. 150 t.u.f. è assoluto, residuando perciò un ampio margine per la discrezionalità dei soggetti coinvolti nonché dello statuto⁴⁷. Nonostante l'ampia libertà concessa dal legislatore, parte della dottrina, all'indomani dell'emanazione del t.u.f., giudicava preferibile la forma scritta, anche allo scopo «di preconstituire prova del corretto adempimento e di facilitare, in pari tempo, l'opera di riscontro e di verbalizzazione del collegio sindacale»⁴⁸. In tal caso la relazione può essere trasmessa con diversi mezzi (posta, mail, fax) al presidente del collegio sindacale (il quale deve renderla tempestivamente disponibile agli altri componenti del collegio) ovvero a tutti i sindaci o, in alternativa, può essere messa a disposizione di costoro presso la sede sociale⁴⁹.

Sebbene, di regola, nella prassi si faccia ricorso alla forma scritta anche in ragione del fatto che spesso la relazione diretta al collegio sindacale è corredata da ulteriore documentazione (es.: pareri rilasciati dai consulenti della società), l'impostazione maggiormente flessibile, in forza della quale è equivalente la forma scritta od orale, sembra comunque preferibile⁵⁰, con la precisazione che la relazione orale deve essere diretta al collegio e non a uno dei suoi componenti, giacché tale modalità, non prevedendo la verbalizzazione della comunicazione, genererebbe incertezza sui contenuti della relazione e sull'assolvimento del relativo obbligo da parte degli amministratori e, in ogni caso, costringerebbe gli altri componenti ad affidarsi al resoconto del sindaco destinatario della relazione⁵¹. Salvo quanto appena affermato, l'utilizzo della forma orale non pregiudica le evidenziate esigenze di certezza, giacché le dichiarazioni rese dagli amministratori sono destinate ad essere riportate nel verbale

⁴⁵ Cavalli, *Art. 150*, 1251; Magnani, *op. cit.*, 1729.

⁴⁶ Cavalli, *Art. 150*, 1251; Parrella, *op. cit.*, 800.

⁴⁷ Ciò non implica però che la mancanza regolazione di tale profilo possa costituire una irregolarità o un'incompletezza dello statuto suscettibile di impedirne l'iscrizione nel registro delle imprese: Benatti, *Art. 150*, in *Commentario T.U.F.*, a cura di Vella, 2, Torino, 2012, 1621; Cavalli, *Art. 150*, 1251; *contra* Parrella, *op. cit.*, 800.

⁴⁸ Così Cavalli, *Art. 150*, 1252; conforme Ambrosini, *Art. 150*, 287.

⁴⁹ Cfr. Tonelli, *op. cit.*, 2020; Caterino, *op. cit.*, 65.

⁵⁰ Nello stesso senso Magnani, *op. cit.*, 1730; Benatti, *op. cit.*, 1621; Caterino, *op. cit.*, 82.

⁵¹ Di questo avviso, soprattutto, Tonelli, *op. cit.*, 2021; Caterino, *op. cit.*, 65; Cavalli, 1252; in senso difforme Magnani, *op. cit.*, 1729.

della riunione del collegio sindacale⁵² ovvero del consiglio di amministrazione qualora la relazione avvenga in tale sede⁵³.

Tanto chiarito, alla luce della previsione dell'art. 2381, comma 5, c.c. nonché dell'indicazione del criterio applicativo 1.C.1, lett. *d*) del Codice di autodisciplina, in base ai quali gli organi delegati devono riferire con periodicità almeno trimestrale al consiglio di amministrazione (alle cui riunioni è tenuto a prendere parte il collegio sindacale), è da ritenere comunque che la soluzione preferibile – in quanto consente di coordinare nel modo più efficiente i diversi flussi informativi diretti al collegio sindacale, evitando duplicazioni procedurali e i relativi oneri – sia quella dell'adempimento del dovere *ex art.* 150 t.u.f. in occasione delle riunioni almeno trimestrali dell'organo amministrativo, salvo ovviamente l'obbligo degli amministratori di riferire con cadenza più ravvicinata ove le concrete circostanze richiedano di informare i sindaci con urgenza⁵⁴. Ove si preferisca quest'ultima impostazione non è necessaria un'autonoma verbalizzazione da parte dei sindaci, giacché il contenuto della relazione degli amministratori risulta dal verbale della riunione del consiglio di amministrazione. Va altresì osservato che, anche là dove gli amministratori optino per l'assolvimento in forma orale dell'obbligo *ex art.* 150, comma 1, t.u.f. nel corso delle riunioni dell'organo amministrativo, l'eventuale documentazione relativa all'attività svolta e alle operazioni di maggior rilievo oggetto della relazione deve comunque essere messa preventivamente a disposizione dei sindaci (e al *plenum consiliare*), in conformità all'art. 2381, comma 1, c.c., ai sensi del quale il presidente del consiglio di amministrazione provvede affinché vengano fornite adeguate informazioni, nonché al criterio applicativo 1.C.5 del Codice di autodisciplina, secondo cui il presidente deve portare a conoscenza degli amministratori e dei sindaci la documentazione relativa agli argomenti all'ordine del giorno con congruo anticipo rispetto alla data della riunione consiliare.

Con approccio antitetico a quello agnostico adottato riguardo alle modalità di assolvimento del dovere di informazione gravante sugli amministratori, il primo comma dell'art. 150 t.u.f. regola analiticamente il contenuto di tale dovere prescrivendo, in primo luogo, che l'informativa diretta all'organo di controllo deve vertere «sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate». Per quanto concerne l'«attività svolta» – considerata anche la generalità della formulazione impiegata – l'informazione resa dagli amministratori non può che sostanziarsi in un sintetico quadro dell'andamento dell'attività sociale nel periodo (almeno trimestrale) di riferimento, con indicazione dei risultati conseguiti (e del loro raffronto con quelli previsionali in precedenza comunicati) e del generale andamento della gestione

⁵² Copia del quale, secondo Cndcec, *op. cit.*, 85, deve essere trasmessa agli amministratori chiedendo conferma del contenuto.

⁵³ Come sottolinea Tonelli, *op. cit.*, 2020.

⁵⁴ In questo senso, già prima della riforma del diritto societario, Magnani, *op. cit.*, 1731.

nonché dei più significativi rischi cui è esposta la società e delle eventuali criticità riscontrate⁵⁵.

Il contenuto di tale sezione della relazione diretta al collegio sindacale può, tuttavia, essere più precisamente delimitato notando che l'informazione *ex art. 150*, comma 1, t.u.f. sembra porsi in linea di continuità con quella oggetto della relazione sulla gestione allegata al bilancio d'esercizio di cui all'art. 2428, comma 1, c.c., la quale include, tra l'altro, «un'analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione, nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato, anche attraverso imprese controllate». Nella descrizione dell'«attività svolta» può pertanto risultare opportuno – in analogia a quanto previsto dall'art. 2428 c.c. – porre particolare riguardo ai costi, ai ricavi e agli investimenti nonché ad una descrizione dei principali rischi e incertezze e impiegare, se giudicato necessario, indicatori di risultato finanziari e non finanziari pertinenti all'attività della società.

Maggiormente puntuale, stando al dettato del primo comma dell'art. 150 t.u.f., sembrerebbe dover essere l'informazione riguardante le «operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate». Nonostante ciò l'informativa rivolta all'organo di controllo conserva, anche in relazione a tale profilo, un carattere necessariamente sintetico, essendo comunque richiesto agli amministratori di effettuare una «selezione» delle operazioni considerate più significative⁵⁶. Il richiamo contenuto nell'art. 150 t.u.f. al «rilievo economico, finanziario e patrimoniale» delle operazioni autorizza uno scrutinio delle medesime di carattere prevalentemente quantitativo, assumendo a riferimento le «dimensioni» della società e del gruppo di appartenenza⁵⁷.

Agli amministratori è però richiesta una valutazione anche di carattere qualitativo dovendo, ad esempio, essere comunicate al collegio sindacale le operazioni c.d. *price sensitive*. Più in generale, il contenuto del flusso informativo deve essere delimitato anche in funzione dell'oggetto del controllo svolto dai sindaci, sicché va data notizia a costoro dei fatti o delle operazioni (ovvero, qualora essi siano già noti, dei rispettivi aggiornamenti ed evoluzioni) che, in ragione delle loro particolari criticità o caratteristiche, possono essere rilevanti nella prospettiva dei compiti di vigilanza previsti dal primo comma dell'art. 149 t.u.f. ovvero dare luogo a irregolarità che i sindaci sono tenuti a comunicare alla Consob ai sensi del terzo comma della medesima norma.

⁵⁵ Cfr. Montalenti – Balzola, *op. cit.*, 1948; Cavalli, *Art. 150*, 1250, secondo il quale la relazione deve illustrare l'«andamento generale della gestione nel periodo di considerato».

⁵⁶ V. Tonelli, *op. cit.*, 2021; Cavalli, *Art. 150*, 1250.

⁵⁷ In merito si veda Magnani, *op. cit.*, 1733, secondo la quale potrebbero venire in considerazione i criteri con i quali si selezionano «i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio» dei quali deve darsi conto nella relazione sulla gestione ai sensi dell'art. 2428 c.c.

Ai medesimi criteri può farsi ricorso per individuare le operazioni di maggior rilievo compiute dalle società controllate, delle quali l'art. 150 t.u.f. richiede espressamente di fornire notizia al collegio sindacale. Tale precetto è sostanzialmente equivalente (e, di fatto, si sovrappone) a quello contenuto nel quinto comma dell'art. 2381 c.c. ai sensi del quale gli organi delegati sono tenuti ad informare il *plenum* consiliare e il collegio sindacale sulle «operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate».

L'estensione alle società controllate dell'ambito delle informazioni rilevanti *ex* art. 150, comma 1, t.u.f. implica il conseguente potere/dovere degli amministratori della capogruppo di richiedere a tal fine le necessarie informazioni agli organi amministrativi delle controllate. L'esistenza di un siffatto potere/dovere risulta confermata dalle previsioni dell'art. 43, d. lgs. 127/1991 (in base al quale le imprese controllate sono obbligate a trasmettere tempestivamente all'impresa controllante le informazioni da questa richieste ai fini della redazione del bilancio consolidato) e dell'art. 114, comma 2, t.u.f. secondo cui gli emittenti quotati devono impartire alle controllate le disposizioni occorrenti a ricevere tutte le notizie necessarie per adempiere gli obblighi di comunicazione previsti dalla legge e le società controllate sono a loro volta tenute a trasmettere tempestivamente le notizie richieste. Più in generale, inoltre, il dovere degli organi amministrativi delle società controllate di fornire agli amministratori della controllante le informazioni rilevanti *ex* art. 150 t.u.f. è da ricondurre nel quadro della disciplina della direzione e coordinamento, risultando così sostanzialmente superati i dubbi interpretativi sollevati dalla norma in esame prima della riforma del diritto societario⁵⁸.

Un maggiore grado di dettaglio dell'informazione diretta al collegio sindacale è richiesto in merito alle operazioni in relazione alle quali gli amministratori abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, ed a quelle influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento: il fatto che riguardo ad esse non sia richiamato il "parametro" del rilievo economico, finanziario e patrimoniale induce, infatti, a ritenere che gli amministratori siano tenuti, ai sensi dell'art. 150, comma 1, t.u.f., a dare notizia di tutte le operazioni in questione, potendo escludersi soltanto quelle che abbiano (in termini assoluti) un impatto economico assolutamente irrilevante⁵⁹. Ciò detto, deve essere rimarcato che per i sindaci la fonte principale di informazioni in merito a tali operazioni è costituita dalla loro partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, attese le previsioni degli articoli 2391 e 2497-*ter* c.c. che dettano agli amministratori specifici obblighi di *disclosure* e di motivazione in sede collegiale in relazione alle operazioni suddette⁶⁰. Di regola, dunque, l'informativa resa al collegio sindacale ai sensi dell'art.

⁵⁸ Montalenti – Balzola, *op. cit.*, 1948, nota 406; Tonelli, *op. cit.*, 2022.

⁵⁹ Si vedano al riguardo Tonelli, *op. cit.*, 2022; Montalenti – Balzola, *op. cit.*, 1948, secondo i quali la disposizione in esame non concede alcun margine di discrezionalità.

⁶⁰ Benatti, *op. cit.*, 1620.

150 t.u.f. in merito alle operazioni rilevanti ai sensi dell'art. 2391 c.c. ed a quelle influenzate dal soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento sarà diretta non a rendere nota l'esistenza delle medesime bensì a dare conto dell'evoluzione di tali operazioni⁶¹.

Benché esse non siano menzionate dall'art. 150, comma 1, t.u.f., non è controverso che il flusso informativo almeno trimestrale debba riferirsi anche alle operazioni con parti correlate, atteso che l'attività di vigilanza dell'organo di controllo si estende anche ad esse come espressamente previsto dall'art. 4, comma 6 del regolamento Consob n. 17221/2010 secondo il quale l'organo di controllo è tenuto a vigilare sulla conformità delle procedure adottate ai principi indicati nello stesso regolamento nonché riferire all'assemblea sulla loro osservanza. Nonostante che l'art. 7 del regolamento Consob prescriva espressamente un'informativa trimestrale a favore del collegio sindacale soltanto riguardo alle operazioni di minore rilevanza, merita di essere condivisa l'impostazione secondo cui, con la medesima cadenza, il collegio sindacale deve ricevere «una completa informativa sull'esecuzione delle operazioni con parti correlate, anche quando realizzate da parte di società controllate italiane o estere»⁶².

Va osservato, in conclusione, che il contenuto della relazione diretta al collegio sindacale può essere delimitato dallo statuto, sia fornendo ulteriori dettagli sulle materie previste dall'art. 150 t.u.f. sia aggiungendo altri argomenti a quelli ivi elencati⁶³. Preferibile, in quanto maggiormente flessibile, appare però la prassi, seguita da numerose società quotate e raccomandata dal Codice di autodisciplina, che prevede l'approvazione da parte del consiglio di amministrazione di una procedura che regola il contenuto e le "forme" dei flussi informativi diretti al consiglio di amministrazione e ai sindaci. Il mancato rispetto della procedura adottata dal consiglio di amministrazione costituisce una irregolarità rilevante, del quale il collegio sindacale deve dare notizia anche alla Consob ai sensi dell'art. 149, comma 3, t.u.f.

Ciò detto, va altresì osservato che in taluni casi (da ritenere però rari nella prassi, data la generalità delle formulazioni contenute nelle suddette procedure) il rispetto dei documenti approvati dal consiglio di amministrazione non assicura di per sé il corretto adempimento del dovere di informazione di cui al primo comma dell'art. 150 t.u.f., in quanto gli amministratori sono comunque tenuti a riferire al collegio sindacale in merito a eventi, operazioni ovvero irregolarità giudicate rilevanti anche se non espressamente previste dalla procedura adottata.

6. Il terzo comma dell'art. 150 t.u.f. prevede il mantenimento di un costante flusso informativo tra l'organo di controllo e il soggetto incaricato della revisione legale dei conti. Il tenore letterale della disposizione, pur limitandosi a disporre che

⁶¹ V. Cass. 10 febbraio 2009, n. 3251, cit.

⁶² Così Cndcec, *op. cit.*, 73.

⁶³ Evidenzia il rilievo che può assumere l'autonomia statutaria Caterino, *op. cit.*, 81.

tali soggetti devono scambiarsi «tempestivamente» i dati e le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti, rende evidente, per un verso, che anche nell'eventualità in cui lo statuto preveda una cadenza temporale minima l'obbligo di informazione si attiva comunque ogni qual volta l'organo di controllo o il revisore legale siano in possesso di informazioni rilevanti nonché nelle fasi di avvio delle attività di revisione e di quelle conclusive di verifica del bilancio⁶⁴, per altro verso, che (a differenza di quanto previsto dal primo comma in merito al "rapporto" tra amministratori e sindaci) lo scambio informativo è tendenzialmente biunivoco, potendo l'organo di controllo essere chiamato a riferire al revisore legale e viceversa. Di conseguenza, atteso che la norma in esame è diretta a rendere più veloce l'emersione di eventuali irregolarità e l'adozione delle necessarie "contromisure", l'ambito delle notizie rilevanti rispettivamente per il collegio sindacale e il revisore può essere circoscritto avendo riguardo alle funzioni da ciascuno svolte in base alla suddivisione di compiti tracciata dal legislatore⁶⁵.

Pur essendo condivisibile l'opinione secondo cui la norma speciale del terzo comma dell'art. 150 t.u.f. è divenuta superflua a seguito dell'introduzione della norma (di contenuto sostanzialmente coincidente) di diritto societario comune dell'art. 2409-*septies* c.c.⁶⁶, va rimarcato che la disciplina sul punto applicabile alle società quotate presenta taluni profili di specificità, connotandosi in particolare per talune più puntuali indicazioni in merito alle informazioni che devono formare oggetto di scambio tra il collegio sindacale e il revisore legale. In primo luogo, l'art. 155 t.u.f. – specificando, in realtà, un precetto desumibile dall'art. 150 t.u.f. e dall'art. 2409-*septies* c.c.⁶⁷ – dispone che il revisore legale deve informare senza indugio l'organo di controllo (e la Consob) «dei fatti ritenuti censurabili rilevati nello svolgimento dell'attività di revisione legale sul bilancio d'esercizio e consolidato». L'art. 19 del d. lgs. 39/2010 precisa altresì (rendendo così vincolante l'indicazione del Codice di autodisciplina, par. 7.P.3.) che, nelle società (tra le quali quelle quotate) qualificate come enti di interesse pubblico, l'organo di controllo svolge anche le funzioni di comitato per il controllo interno e la revisione contabile e, in tale veste, deve ricevere, con cadenza annuale, una relazione sulle questioni fondamentali emerse in sede

⁶⁴ Cndcec, *op. cit.*, 87.

⁶⁵ Cfr. Caterino, *op. cit.*, 120 ss.; Montalenti – Balzola, *op. cit.*, 1947 ss.; Valensise, *Il "nuovo" collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, 157 s.; Cavalli, *Art. 150*, 1253; per una più analitica indicazione delle materie che, di regola, sono oggetto dello scambio informativo si veda Cndcec, *op. cit.*, 86 ss.

⁶⁶ Barcellona, *Art. 2409-septies c.c.*, in *Codice delle Società per Azioni*, diretto da Abbadessa – Portale, in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè, par. 1 del dattiloscritto; Benatti, *op. cit.*, 1621, il quale, pur notando che l'art. 2409-*septies* c.c. prevede che lo scambio riguarda solo le informazioni rilevanti mentre l'art. 150 t.u.f. precisa che lo scambio concerne anche i "dati" rilevanti, conclude che la differenza è poco significativa «ben potendosi ritenere il concetto di "dato" incluso in quello di "informazione".

⁶⁷ Come osserva correttamente Cavalli, *Art. 150*, 1253.

di revisione legale, e in particolare sulle carenze significative rilevate nel sistema di controllo interno in relazione al processo di informativa finanziaria⁶⁸.

Ancorché al collegio sindacale nella sua veste di comitato per il controllo interno e la revisione contabile sia attribuito, dall'art. 19 del d. lgs. 39/2010, il compito di vigilare sulla revisione legale dei conti, è da escludere, come si affermava già in precedenza⁶⁹, che il collegio sindacale abbia il potere di ispezionare le carte di lavoro del revisore legale, potendo soltanto richiedere informazioni a costui circa gli accertamenti svolti e le irregolarità in tal modo eventualmente accertate. Pur dovendo riconoscersi che la disposizione richiamata eccede i fini del mero scambio delle informazioni rilevanti per i rispettivi compiti e «si indirizza, più latamente, verso una vigilanza sull'assetto generale dello svolgimento dell'attività di revisione»⁷⁰, va preferita un'interpretazione restrittiva del dettato normativo in forza della quale la vigilanza del collegio sindacale deve vertere sull'assetto generale dello svolgimento dell'attività di revisione⁷¹.

Come già notato in altra sede⁷², una volta escluso che competa al comitato per il controllo interno e la revisione contabile una valutazione di merito sulla corretta applicazione dei principi di revisione, deve conseguentemente concludersi che al collegio sindacale non può riconoscersi, in base all'art. 19, comma 1, d.lgs. 39/2010, un potere di accesso generale e costante alle carte di lavoro del revisore, giacché l'attribuzione di un così esteso potere all'organo di controllo potrebbe determinare un'eccessiva influenza sul soggetto incaricato della revisione legale, suscettibile di limitarne la necessaria discrezionalità nello svolgimento dell'incarico e di incidere negativamente sulla sua autonomia di giudizio.

Si rende perciò necessario non uno scambio di informazioni ma un flusso unidirezionale di informazioni diretto all'organo di controllo al fine di consentire ad esso sia di valutare l'indipendenza del revisore nel corso dell'incarico (art. 19, d. lgs. 39/2010) sia di formulare la proposta motivata di conferimento del medesimo (art. 13, d. lgs. 39/2010). In relazione a quest'ultimo profilo il revisore è pertanto tenuto al dovere di collaborazione informativa con i sindaci ancor prima di aver stabilito un rapporto contrattuale con la società⁷³.

⁶⁸ Per un'approfondita disamina in merito si veda Caterino, *op. cit.*, 123.

⁶⁹ V. Cavalli, *Art. 150*, 1253 s.

⁷⁰ In questi termini Abriani, *op. cit.*, 108 s.

⁷¹ Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, 64; Caterino, *op. cit.*, 44 s.; Abriani, *op. cit.*, 109 s., secondo il quale tale assetto è identificabile nei momenti topici dello svolgimento dell'attività di revisione: la fase di pianificazione, l'avanzamento dei lavori, i principali snodi critici della funzione. Profili, questi, che trovano peraltro riscontro nella relazione che il revisore deve consegnare ai sindaci ai sensi del terzo comma dell'art. 19 del d. lgs. 39/2010.

⁷² Strampelli, *op. cit.*, 158 s.

⁷³ In questo senso Caterino, *op. cit.*, 127, secondo la quale l'obbligo di collaborazione del nominando revisore in tale fase può ricondursi al dovere di correttezza e buona fede durante le trattative precontrattuali.

7. Il quarto comma della norma dell'art. 150 t.u.f. regola i flussi informativi tra l'organo di controllo e i preposti al sistema di controllo interno ponendo in capo a costoro il dovere di riferire anche al collegio sindacale, di propria iniziativa o su richiesta anche di uno solo dei sindaci⁷⁴. Nonostante il silenzio normativo sul punto, non si dubita che i preposti al sistema di controllo interno siano tenuti a riferire di propria iniziativa al collegio sindacale ogni qual volta vi siano circostanze rilevanti o siano riscontrate irregolarità ovvero qualora ricevano specifiche richieste anche, individualmente, dai sindaci⁷⁵. Più puntuali indicazioni sono contenute nel Codice di autodisciplina il quale, oltre a raccomandare, in generale, un costante scambio di informazioni tra il collegio sindacale e gli organi e le funzioni che nell'ambito dell'emittente svolgono compiti rilevanti in materia di controlli interni⁷⁶, richiede che il responsabile della funzione di *internal audit* predisponga, a favore dell'organo di controllo e degli amministratori, relazioni sugli eventi di particolare rilevanza nonché «relazioni periodiche contenenti adeguate informazioni sulla propria attività, sulle modalità con cui viene condotta la gestione dei rischi nonché sul rispetto dei piani definiti per il loro contenimento»⁷⁷.

Alla luce del tenore letterale dell'art. 150 t.u.f. non è dubbio che le informazioni debbano essere in ogni caso fornite, anche quando richieste da un solo sindaco, al collegio sindacale al fine di garantire la piena informazione di tutti i suoi componenti⁷⁸. Il fatto che si richieda ai preposti al sistema di controllo interno di riferire «anche» al collegio sindacale chiarisce altresì che il flusso informativo è diretto contestualmente anche all'organo amministrativo⁷⁹; ciò trova, inoltre, conferma nel par. 7.C.5. del Codice di autodisciplina ai sensi del quale le relazioni *ad hoc* e periodiche predisposte dal responsabile della funzione di *internal audit* vanno trasmesse contemporaneamente ai presidenti del collegio sindacale, del consiglio di amministrazione, del comitato controllo e rischi nonché all'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.

La particolare importanza di assicurare l'informazione di tali soggetti in modo contestuale è ribadita nelle note di commento all'art. 7 del Codice di autodisciplina nelle quali si evidenzia la necessità che gli esiti delle verifiche effettuate dall'*internal*

⁷⁴ Fortunato, *Collegio sindacale e società di revisione nelle «società con azioni quotate» dopo il testo unico sull'intermediazione finanziaria*, in *Riv. dott. comm.*, 1999, 11.

⁷⁵ Cfr. Tonelli, *op. cit.*, 2023.

⁷⁶ Si vedano le note di commento all'art. 8 del Codice di autodisciplina.

⁷⁷ V. il criterio applicativo 7.C.5 del Codice di autodisciplina. Per conformi indicazioni si veda Cndcec, *op. cit.*, 89, che ravvisa l'opportunità di definire un programma di incontri nel corso dell'esercizio tra il collegio sindacale e i preposti al sistema di controllo interno.

⁷⁸ Cavalli, *Art. 150*, 1255; *contra* Cndcec, *op. cit.*, 90, secondo il quale il sindaco che effettua la richiesta sarebbe tenuto a riferire le informazioni ricevute agli altri componenti oltre che a comunicare per iscritto a costoro la richiesta rivolta ai preposti al sistema di controllo interno.

⁷⁹ Montalenti, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nelle società quotate*, 336; Cavalli, *Art. 150*, 1255; Tonelli, *op. cit.*, 2023.

audit siano resi noti contemporaneamente ai soggetti suddetti, evitando che l'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi possa ricevere anticipazioni in merito al lavoro svolto. Quanto affermato, non esclude ovviamente che i preposti al controllo diano notizia al solo collegio sindacale di eventuali irregolarità concernenti riscontrate nell'operato degli amministratori⁸⁰.

Per quanto concerne i soggetti sui quali grava l'obbligo di riferire ai sensi del quarto comma dell'art. 150 t.u.f. e verso i quali, specularmente, si indirizza il potere "di richiesta" dei sindaci è da accogliere, anche alla luce del dato letterale – che si riferisce a «coloro che sono preposti al controllo interno» –, un'interpretazione elastica in base alla quale possono ricomprendersi in tale ambito soggettivo il dirigente preposto al sistema di controllo interno e, ove non coincidente, al responsabile della funzione di *internal audit*. Qualora l'organizzazione della società, la particolare natura dell'attività esercitata ovvero le normative di settore eventualmente applicabili richiedano l'istituzione di apposite strutture o ruoli aziendali deputati alla gestione dei rischi o alla *compliance*⁸¹, l'obbligo di riferire al collegio sindacale e il potere anche individuale dei sindaci di richiedere informazioni devono riferirsi anche ai dirigenti preposti a tali specifici segmenti del sistema di controllo interno, il c.d. *chief risk officer* e il responsabile della funzione di *compliance*⁸².

Giacché la norma in esame richiama esclusivamente i «preposti» al sistema di controllo interno, il dovere di riferire al collegio sindacale e lo speculare potere di richiesta dei sindaci non possono estendersi ai dipendenti impiegati in posizione non apicale nel sistema di controllo interno e gerarchicamente subordinati al dirigente preposto al medesimo o a segmenti dello stesso. Resta fermo, peraltro, ai sensi del primo comma dell'art. 151, comma 1, t.u.f., il potere dei sindaci di effettuare, anche individualmente, atti di ispezione e controllo presso gli uffici facenti parte del sistema di controllo interno, e in specie le funzioni di *internal audit*, *risk management* e *compliance*⁸³.

Non può dubitarsi, infine, che la disposizione in esame trovi integrale applicazione anche qualora la funzione di *internal audit* sia esternalizzata e affidata ad un soggetto esterno alla società⁸⁴, deponendo in tal senso la stessa previsione del terzo

⁸⁰ Cavalli, *Art. 150*, 1255; Montalenti – Balzola, *op. cit.*, 1951; Gasparri, *I controlli interni nelle società quotate. Quaderno giuridico Consob n. 4*, disponibile sul sito www.consob.it, 2013, 74.

⁸¹ Montalenti, *Corporate governance, sistema dei controlli interni e ruolo della Consob: da garante della trasparenza a presidio della correttezza della gestione?*, in *Riv. soc.*, 2015, 125.

⁸² In questo senso Cndcec, *op. cit.*, 89, secondo il quale il collegio sindacale, all'inizio del proprio incarico e nel corso dello stesso, deve individuare «i preposti al sistema di controllo interno, il responsabile della funzione di *internal audit* (revisione interna), nonché gli altri organi e funzioni aziendali ai quali sono attribuiti specifici compiti in materia di controllo interno e di gestione dei rischi».

⁸³ In senso analogo Libertini, *Art. 2403-bis*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da d'Alessandro, vol. 2, t. 2, Padova, 2011, 246; Ambrosini, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa – Portale, vol. 2, Torino, 2007, 34.

⁸⁴ Come espressamente previsto dal criterio applicativo 7.C.6 del Codice di autodisciplina.

comma dell'art. 150 t.u.f. che impone un obbligo di collaborazione informativa tra il collegio sindacale e il revisore legale⁸⁵. La conclusione appena raggiunta può essere estesa anche all'ipotesi, largamente diffusa tra le società quotate, in cui la funzione di *internal audit* sia unificata a livello di gruppo e a tal fine affidata a una società appositamente costituita⁸⁶, fermo restando che in questa eventualità un flusso informativo diretto tra il collegio sindacale dell'emittente quotato e quello della società controllata deputata a svolgere la funzione di *internal audit* è garantito anche dall'art. 151, comma 1, t.u.f., ai sensi del quale il collegio sindacale può rivolgere direttamente richieste di informazioni agli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate «sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari».

Secondo le indicazioni – non vincolanti⁸⁷ – contenute nelle *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate* di recente emanazione⁸⁸, il collegio sindacale può acquisire ai sensi dell'art. 150, comma 4, t.u.f. informazioni, tra l'altro, sulla struttura del controllo interno e di gestione dei rischi, su eventuali anomalie riscontrate nell'operatività delle procedure di controllo; su rischi di violazioni della legge, dello statuto, dei principi di corretta amministrazione; sull'eventuale inadeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili; nonché ogni informazione ritenuta rilevante o utile per lo svolgimento dell'attività di vigilanza. Questa indicazione è coerente con la ricostruzione assolutamente prevalente secondo cui lo scambio informativo tra i preposti al sistema di controllo interno e il collegio sindacale sarebbe funzionale sia al generale obbligo dell'organo di controllo di vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo e dei principi di corretta amministrazione nonché al più puntuale dovere previsto dall'art. 149, comma 1, lett. c), t.u.f. di vigilare sull'adeguatezza del sistema di controllo interno⁸⁹. In merito a quest'ultimo profilo i compiti del collegio sindacale sono resi più incisivi dal Co-

⁸⁵ Cfr. Barcellona, *Art. 2409-septies c.c.*, par. 3 del dattiloscritto.

⁸⁶ D'Andrea, *La società per azioni e il suo sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*, Roma, 2012, 134.

⁸⁷ Sulla valenza delle Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate emanate dal Cndcec si veda Montalenti, *Collegio sindacale, flussi informativi e governo societario. Novità e prospettive*, 32 ss., il quale esprime talune perplessità sulle indicazioni ivi contenute secondo le quali tali regole di comportamento «sono norme di deontologia professionale rivolte a tutti i professionisti iscritti nell'Albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili emanate in attuazione del vigente Codice deontologico» e «i precetti contenuti nelle norme sono destinati a trovare applicazione nei confronti dei comportamenti del collegio sindacale di tutte le società». Ad avviso dell'autore da ultimo citato, simili indicazioni, seppur volte ad attribuire alle norme di comportamento un «carattere di ragionevole vincolatività», possono dare luogo al rischio che le medesime siano considerate dalla giurisprudenza e dalle Autorità di vigilanza integrative delle disposizioni normative, venendo così a costituire «una sorta di "catalogo" in base al quale valutare, quasi burocraticamente, gli adempimenti dei sindaci e, quindi, in caso di "omissioni", dedurne consequenzialmente un giudizio di negligenza sul loro operato».

⁸⁸ Cndcec, *op. cit.*, 89.

⁸⁹ Montalenti, *Corporate governance: la tutela delle minoranze nelle società quotate*, 336; Cavalli, *Art. 150*, 1254; Magnani, *op. cit.*, 1745; Caterino, *op. cit.*, 103; Tonelli, *op. cit.*, 2023; Valensise, *Il "nuovo" collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, 123 ss.; Parrella, *op. cit.*, 801.

dice di autodisciplina (7.C.1) il quale – come già ricordato – prevede che il consiglio di amministrazione deve preventivamente udire il parere del collegio sindacale in merito all'approvazione del piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di *internal audit*, nonché in merito alla nomina, alla revoca e alla definizione del compenso del responsabile medesimo. Inoltre, coerentemente con la richiamata disposizione dell'art. 149, comma 1, lett. c), t.u.f., il collegio sindacale deve essere previamente udito riguardo alla determinazione delle risorse da destinare alla funzione di controllo interno al fine dell'espletamento delle proprie responsabilità.

In conclusione, è necessario osservare come sulla portata della previsione del quarto comma dell'art. 150 t.u.f. e, più in generale, sui rapporti tra l'organo di controllo e i preposti al sistema di controllo interno pare incidere sensibilmente il Codice di autodisciplina, per effetto della raccomandazione contenuta nel criterio applicativo 8.C.4. in forza della quale «i sindaci possono chiedere alla funzione di *internal audit* lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative od operazioni aziendali». In base a tale raccomandazione, infatti, la funzione di *internal audit* non costituisce soltanto una fonte informativa del collegio sindacale – come previsto dall'art. 150, comma 4, t.u.f. – ma può divenire strumento per l'esercizio della funzione di vigilanza svolta dai sindaci, ai quali si riconosce pertanto il potere di intervenire sull'attività della funzione del sistema di *internal audit* “commissionando” ad essa specifiche verifiche, aggiuntive rispetto a quelle previste dal piano di lavoro della funzione approvato dal consiglio di amministrazione. Va tuttavia evidenziato che l'autorizzazione concessa al collegio sindacale di avvalersi della funzione di *internal audit* per lo svolgimento di determinati accertamenti costituisce una precisazione – nonché l'applicazione in concreto forse più rilevante⁹⁰ – della generale previsione del secondo comma dell'art. 151 t.u.f. secondo la quale il collegio sindacale può, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, «avvalersi di dipendenti della società per l'espletamento delle proprie funzioni»⁹¹. Ne consegue, dunque, che il collegio sindacale dispone del potere di avvalersi della funzione di *internal audit* anche qualora la società non aderisca al Codice di autodisciplina, con l'unica differenza che in tal caso è necessaria la previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, formalità che appare invece derogata (senza che ciò dia luogo a una violazione dell'art. 151, comma 2, t.u.f.) in caso di adesione al Codice.

⁹⁰ De Angelis, *Art. 151*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di Fratini – Gasparri, t. 2, Assago, 2012, 2027.

⁹¹ Per il commento della quale si vedano Cavalli, *Art. 151*, in *Testo unico della finanza*, diretto da Campobasso, t. 2, Torino, 2002, 1261 s.; De Angelis, *Art. 151*, 2027 s.; Ambrosini, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, 770.



Invalidità degli atti giuridici privati e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto

di Mario Talani*

SOMMARIO: 1. L'invalidità come concetto di relazione. – 2. Le specie di difformità. – 3. Nullità e inesistenza. – 4. La rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto.

1. L'invalidità dell'atto negoziale è una categoria dogmatica più che un dato normativo.

L'invalidità del negozio giuridico si pone come anormalità, anomalia, imperfezione di esso, costituente la patologia dell'atto negoziale¹.

La difformità è qualificazione negativa, che implica divergenza tra atto e schema normativo. La conformità o difformità allo schema legale fonda l'apprezzamento dell'atto in termini di validità. Può accadere che il procedimento di formazione dell'atto si svolga irregolarmente e che, pertanto, gli effetti che ne derivano, e che ne presuppongono il normale svolgimento, siano incongrui, rispetto a quelli perseguiti dalla parte o dalle parti².

L'invalidità significa mancata attribuzione dei requisiti di validità³.

* Magistrato ordinario, dottore di ricerca in dottrine generali del diritto.

¹ Osserva F. MODUGNO, in *Enc. dir.*, XLVI, *Validità* (teoria generale), Milano, 1993, pag. 1, che nel linguaggio giuridico comune "validità" e la sua negazione "invalidità" denotano qualità o mancanza di qualità riferibili ad atti, in senso latissimo, per esempio a comportamenti umani, a documenti ad essi relativi, o anche a regole che disciplinano gli uni e gli altri, ecc.

Per un riepilogo dei concetti di negozio, atto e fatto si veda A. FALZEA, *Atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pag. 16.

A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico del diritto privato*, Torino, 1943, pag. 15, scrive che l'invalidità è il termine più frequentemente usato per indicare la mancata produzione o la possibilità di eliminazione degli effetti giuridici del negozio per causa intrinseca al negozio medesimo. Altri termini equivalenti sono quelli di inabilità, difettosità, incompletezza, inanità del negozio.

A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e Diritto*, 1941, pag. 403 ss., osserva che la mancata corrispondenza di un atto agli schemi, ai quali, nel porlo in essere, l'agente si volle ispirare, lungi dal farlo considerare come un atto diverso, non vale se non a farlo considerare come invalido. L'ordinamento considera cioè tale atto come quel medesimo che l'agente aveva avuto di mira: con l'unica particolarità, però, che, a causa del suo vizio – vale a dire, a causa della sua non perfetta rispondenza agli schemi fissati dal diritto –, lo qualifica come invalido.

C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1984, pag. 573, definisce, in generale, l'invalidità come la irregolarità giuridica che comporta la sanzione della inefficacia definitiva.

² Cfr. F. MESSINEO, in *Enc. dir.*, *Annulabilità e annullamento* (dir. priv.), Milano, 1960, pag. 470.

³ Cfr. C.M. MAZZONI, in *Enc. giur.*, *Invalidità* (dir. priv.), Roma, 1990, il quale osserva che il giudizio sull'esistenza o insufficienza di un elemento o di un requisito necessario alla produzione di effetti giuridici determina invalidità dell'atto.

L'invalidità esprime una "valutazione negativa" nell'operazione di raffronto tra il concreto regolamento di interessi che si considera ed il tipo (modello legale) o genere di negozio che esso assume di rispecchiare. L'invalidità è, quindi, qualificazione giuridica⁴. Infatti, l'invalidità esprime un concetto di relazione⁵.

2. La validità, in genere, è, quindi, conformità (o non difformità) di un qualsiasi oggetto, fatto, situazione, comportamento, ecc. ad un modello, schema, regola o norma. La conformità di un *quid* ad uno schema (modello, regola o norma) cui esso sia raffrontabile può risultare piena o limitata, totale o parziale. Se il *quid* è scomponibile in una serie di elementi, anche lo schema o modello è scomponibile in corrispondenti elementi, in modo che sia possibile il raffronto. Ma la conformità può essere verificata per tutti o per alcuni soltanto degli elementi o per nessuno.

Nell'ipotesi di totale difformità il *quid* è totalmente invalido (la totale difformità equivale a negazione della validità). Nel caso di totale conformità esso è pienamente valido (la totale conformità equivale a negazione dell'invalidità). Vi è, poi, l'ipotesi intermedia di conformità parziale (che equivale a parziale difformità). La parziale conformità, che è parziale difformità, equivale, al tempo stesso, a validità e ad invalidità.

Pertanto, si può ritenere che sussistono due diverse specie di validità, secondo che il confronto tra l'oggetto del giudizio e lo schema (o modello) risulti totalmente positivo oppure che il raffronto risulti solo parzialmente positivo. Nel primo caso si ha "validità piena" o "validità in senso forte", nel secondo "validità parziale" o "validità in senso debole". Quest'ultima è una validità che, al contempo, è anche invalidità, cioè è una validità parziale o relativa. E' una validità che potrà diventare invalidità.

L'invalidità si pone come strumento di controllo normativo, utilizzato per non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema.

L'invalidità presuppone un giudizio di disvalore dell'ordinamento rispetto ad un atto che esprime interessi non meritevoli di tutela, giudizio di disvalore che incide sull'efficacia dell'atto e, dunque, sull'assetto degli affari programmato dall'autore o dagli autori di esso.

⁴ Così R. TOMMASINI, in *Enc. dir., Invalidità* (dir. priv.), XXII, Milano, 1972, 580, e in *Enc. giur.*, voce *Annulabilità e annullamento*, Roma, 1988.

Evidenzia G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, n. 7-8, pag. 271 ss., che l'ordinamento giuridico valuta per qualificare. La prima operazione, che la legge impone e s'impone, finisce sempre per essere un'operazione interpretativa dell'atto individuale. Codesta attività dell'ordinamento giuridico costituisce la necessaria premessa di ogni valutazione e qualificazione del negozio giuridico.

⁵ Scrive F. MODUGNO, *op. cit.*, che la qualità della validità-invalidità è concetto di "relazione" tra l'oggetto o fatto di cui essa è predicata e uno schema o modello (di riferimento) in cui l'oggetto o fatto individuo può o non riconoscersi (attraverso un confronto).

Se la non conformità dell'atto allo schema normativo comporta un contrasto con valori preminenti della comunità, l'ordinamento preclude all'atto ogni efficacia giuridica tipica.

Se, invece, l'atto non è conforme allo schema legale ed è pregiudizievole agli interessi del suo autore, ma non si pone in contrasto con valori preminenti della comunità, è dotato ugualmente di efficacia, anche se precaria, provvisoria ed interinale, e sarà annullabile. Quindi, è rimessa al soggetto titolare dell'interesse la facoltà di porre nel nulla o rendere definitivi e stabili i suoi effetti.

Autorevole dottrina⁶ evidenzia che nel sistema del vigente codice civile la nullità riguarda sempre il negozio inteso come *regola*; ciò accade per i negozi illeciti, immorali ed anche quando la nullità sia conseguenza di una violenza assoluta o della mancanza di uno degli altri elementi essenziali. La totale mancanza della volontà o l'assenza, dalla regola, di un elemento essenziale finiscono per incidere e, dunque, toccare la stessa "esistenza" della regola che il negozio esprime.

Diversamente, le *patologie* che attengono alle "condizioni" soggettive di libertà e consapevolezza del soggetto (capacità e vizi della volontà) si risolvono sempre sul piano dell'annullabilità. Ciò accade sia che si tratti di vizi della volontà, sia che si tratti di incapacità (cfr. artt. 427, 428, 1425 c.c.). Pertanto, la sanzione della nullità è posta, tendenzialmente, a salvaguardia dei principi e dei valori, propri dell'ordinamento giuridico statale, e attiene alle patologie riguardanti la regolamentazione di interessi che l'atto negoziale esprime, laddove, attraverso la sanzione dell'annullabilità, vengono evidenziati gli squilibri che si siano determinati tra gli interessi dei privati, negozialmente regolati, a seguito di un vizio o di una condizione di incapacità di uno dei contraenti.

Il trattamento, che l'ordinamento giuridico riserva all'atto negoziale quando non sia conforme alle sue norme, è diverso in dipendenza del fatto che queste siano poste a tutela di interessi che l'ordinamento ha assunto come propri oppure, invece, gli interessi valutati come propri soltanto di coloro che lo hanno posto in essere. Nella prima ipotesi l'atto sarà nullo, nella seconda sarà annullabile.

Di conseguenza, mentre gli adempimenti effettuati in esecuzione di un atto negoziale nullo sono subito ripetibili, quelli effettuati in esecuzione di un atto negoziale annullabile possono essere ripetuti soltanto successivamente all'annullamento del negozio, annullamento che la parte legittimata non potrà più richiedere quando sia decorso il termine entro cui l'azione avrebbe dovuto essere esperita.

L'invalidità è lo strumento attraverso il quale la legge disconosce quelle manifestazioni di volontà con cui si realizzi un contrasto con lo schema legale.

Quindi le programmazioni di interessi, effettuate dai soggetti privati, vengono tutelate e garantite se conformi al sistema dei valori della comunità e soltanto nei limiti di questa conformità.

⁶ G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, n. 5-6, pag. 367 ss.

L'invalidità si pone come strumento per limitare la libera disponibilità delle parti, per garantire più equi rapporti sociali, e per indirizzare la circolazione e lo sfruttamento dei beni secondo schemi programmati dal sistema.

E quindi l'invalidità diventa criterio di qualificazione negativa nella operazione di controllo sulla meritevolezza degli interessi delle parti rispetto ai valori che un ordinamento intende realizzare e garantire.

La nullità è in funzione dei valori fondamentali del sistema e a tutela di interessi generali e pertanto il negozio nullo non ottiene alcun riconoscimento giuridico. Quindi, la nullità è la reazione dell'ordinamento giuridico alla programmazione negoziale lesiva dei valori giuridici fondamentali. L'annullabilità è in funzione della tutela di interessi particolari e individuali. Di conseguenza, le norme che sanciscono la nullità sono considerate di ordine pubblico, implicando sempre tipi di interessi negoziali in contrasto con principi generali ritenuti essenziali e inderogabili.

Betti traccia la differenza tra invalidità ed inefficacia in senso stretto nella circostanza che la prima è caratterizzata dalla mancanza o dal vizio di taluno degli elementi essenziali, costitutivi e strutturali, del negozio, mentre la seconda è caratterizzata dalla presenza degli elementi essenziali dell'atto negoziale, ma, altresì, da una circostanza di fatto, estrinseca al negozio, impeditiva dell'efficacia, e pertanto in un difetto esterno⁷.

Il dato che accomuna l'invalidità, nella sua forma più grave della nullità, e l'inefficacia in senso stretto è la carenza di produzione di effetti giuridici.

L'inefficacia costituisce il risultato a cui si tende mediante l'affermazione dell'invalidità dell'atto negoziale. L'inefficacia, comunque, costituisce, rispetto all'invalidità, una categoria più ampia che consiste nella mancata produzione di effetti ad opera dell'atto. Il che può avvenire perché questo è invalido (inefficacia in senso ampio) oppure per altri motivi che non attengono all'invalidità, come ad esempio nel caso di condizione sospensiva (inefficacia in senso stretto).

La nullità, per deficienza di un elemento essenziale dell'atto, è inidonea a dar vita alla nuova situazione giuridica che il diritto oggettivo riconnette al corrispondente modello legale.

In genere, si distinguono le nullità strutturali e le nullità di contenuto. Le prime comprendono soltanto una parte delle ipotesi previste dal diritto. Le seconde rinvengono, invece, la loro origine in un controllo di contenuto. Il codice civile com-

⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Trattato di diritto civile italiano, Torino, 1952, pag. 467 ss. Evidenzia R. SACCO, *Le invalidità*, in *Il Contratto*, II, dal Trattato di diritto privato, diretto da Sacco, Torino, 1999, pag. 473 ss., che quando il contratto è nullo, sussisterebbe una divergenza fra lo stato di fatto sottoposto al giudice, e lo schema della fattispecie, qual'è configurato dal legislatore (manca la forma, il contenuto è illegale, ecc.). Nel caso di contratto inefficace, questo è dotato di tutti i requisiti di legge, ma esso manca di efficacia perché fa difetto una circostanza diversa dai costituenti del negozio, esterna rispetto ad essi, cui è subordinata la produzione degli effetti.

C.M. BIANCA, *op. cit.*, osserva che l'invalidità è una qualifica di irregolarità del contratto mentre l'inefficacia riguarda il momento effettuale, indicando in generale la non produttività degli effetti giuridici.

porta e supporta tale distinzione prevedendo, accanto alle ipotesi di nullità dipendente da mancanza o illiceità della causa, quelle di contrasto con norme imperative⁸.

Data la gravità dell'invalidità di un negozio nullo la legge non prevede una prescrizione dell'azione di nullità *ex art. 1422 c.c.* e non ammette forme di recupero tramite conferma, ratifica successiva o convalida *ex art. 1423 c.c.*, eccetto che per le disposizioni testamentarie nulle e le donazioni nulle *ex artt. 590 e 799 c.c.*

L'annullabilità, come forma meno grave dell'invalidità, posto che l'imperfezione può presentare gradazioni, ricorre quando difetta un presupposto di validità ovvero quando un elemento essenziale del negozio sia viziato. Costituendo una forma meno grave di invalidità, essa opera dietro reazione del soggetto direttamente interessato. Nell'annullabilità il negozio contrasta meramente con un interesse di parte e, dunque, resta nella disponibilità della parte pregiudicata invalidarlo.

L'annullabilità si configura come reazione o rimedio, offerto all'interessato, contro il negozio che, formatosi in modo viziato, pregiudica l'interesse di chi lo ha costituito.

L'annullabilità dell'atto, quando sia consentita, attribuisce, al soggetto ad essa legittimato, il potere di annullamento, che si realizza mediante azione costitutiva, la quale, a sua volta, sfocia in una sentenza costitutiva.

Di contro, nel caso di nullità dell'atto, l'interesse all'accertamento e alla declaratoria di esso è generale, considerata la maggiore gravità dell'imperfezione dell'atto.

La sanzione della nullità, nel nostro ordinamento, deve coniugarsi col principio generale di conservazione del negozio di cui all'*art. 1367 c.c.* vigente nei limiti consentiti dal sistema normativo.

Da ciò gli istituti di nullità parziale in senso oggettivo e in senso soggettivo di cui agli articoli 1419 e 1420 c.c.

E' non solo possibile, ma costituisce regola generale che l'invalidità riguardi una parte e non l'intero negozio. La distinzione tra invalidità totale e invalidità parziale riguarda il contenuto dell'atto negoziale. L'invalidità parziale costituisce un'attuazione del principio generale della conservazione dei valori giuridici, che rinviene il suo limite nell'invalidità totale.

L'invalidità si presenta, di norma, come originaria (o contemporanea), ossia coeva al negozio. Ben può, comunque, presentarsi come successiva (o conseguente), cioè sopravvenuta al negozio compiuto. In tal caso prende il nome di invalidazione. Ciò si può verificare con riferimento a quegli atti la cui efficacia è destinata ad esplicarsi in un momento successivo alla loro formazione (cd. negozi ad effetti differiti). Infatti, può accadere che nel periodo tra la formazione dell'atto e il momento deci-

⁸ Cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, in Tratt. Rescigno-Gabrielli, Torino, 1999, pag. 1257 ss.

sivo della sua efficacia intervenga un fatto nuovo, il quale sia valutato dall'ordinamento come idoneo ad incidere negativamente sugli elementi essenziali dell'atto⁹.

Tale ulteriore figura patologica è caratterizzata dal fatto che essa colpisce il negozio valido non *ab origine*, ossia sin dal momento in cui è stato compiuto, sebbene in un momento successivo alla sua formazione.

Esempio ne è l'art. 785, 2° co., c.c. in materia di donazione obnuziale (o *propter nuptias*), che prevede che l'annullamento del matrimonio comporta la nullità della donazione.

3. Santoro-Passarelli distingue l'inesistenza¹⁰ e la nullità del negozio nella mancanza di elementi materiali, che caratterizza il negozio inesistente, carenza che impedisce l'identificazione del negozio, perciò giuridicamente inesistente.

La nullità indica mancanza di elementi giuridici che, comunque, consente la giuridica identificazione del negozio¹¹.

Nulla è l'atto giuridicamente esistente come situazione di fatto e, per ciò stesso, in grado di produrre un qualche effetto giuridico, anche se diverso da quello dello schema tipico suo proprio. E, sempre eccezionalmente, può produrre gli effetti normali del negozio valido (artt. 128, 2126 e 2332, 2° co., c.c.).

L'atto nullo sta e dispone dentro il diritto. L'atto nullo presuppone una fattispecie giuridica, anche se viziata e qualificata negativamente. Pertanto, i due concetti, di nullità e di inesistenza giuridica, devono essere tenuti distinti, così come occorre distinguere un fatto rilevante da un fatto irrilevante, un qualcosa che comunque

⁹ Cfr. S. TONDO, in *Nss. dig. it.*, VIII, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, Torino, 1962, pag. 994 ss., e F. CARRESI, *Il contratto*, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1987, pag. 623 ss.

C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, pag. 755 ss., osserva che la nullità successiva rinvia uno dei suoi dati fisionomici nel mostrarsi successivamente o meglio nella sua verifica in un tempo successivo alla venuta in essere del negozio al quale si riferisce. Ciò significa che, a differenza di quanto accade in sede di nullità originaria, non vi è contemporaneità fra la nascita del negozio e la verifica della causa di nullità. Infatti, la figura in esame si fissa su di un negozio precedentemente valido, e pertanto del tutto conforme alla fattispecie astratta.

In senso critico sulla nozione di invalidità successiva si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. Dir. Comp. e Studi Legisl.*, 1951, XXVII, pag. 56 ss.

¹⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, pag. 241 ss.

L'individuazione della categoria dell'inesistenza giuridica comunemente si fa risalire alla dottrina francese che, nella dattica giuridica, la introdusse per l'ipotesi di scuola dell'unione matrimoniale tra persone di uguale sesso. Dinanzi alla mancanza di un requisito essenziale per la stessa esistenza dell'atto si è ritenuto che non poteva considerarsi nullo ciò che non esisteva. Sorta così la dicotomia nullità-inesistenza, quest'ultima figura si è andata consolidando, rendendo sempre più difficile una sua esclusione dal quadro della patologia negoziale. Per una ricostruzione della figura cfr. S. FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 514 ss., e L. CARIOTA FERRARA, *Inesistenza e invalidità dei negozi giuridici*, in *Foro it.*, 1948, IV, col. 33 ss.

L'inesistenza materiale indica, invece, addirittura l'assenza, nella realtà concreta, dell'atto e, perciò, risulta estranea agli interessi del giurista. Si veda, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pag. 243.

¹¹ F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pag. 242 ss.

interessa al diritto e un qualcosa di cui il diritto, invece, si disinteressa. L'inesistenza giuridica non può compendiarsi nell'invalidità, perché solo un atto esistente può essere valido o invalido.

L'atto inesistente, invece, è posto fuori del diritto¹². L'atto inesistente è un atto non suscettibile di identificazione o qualificazione giuridica.

L'inesistenza si pone come inqualificazione. All'atto inesistente nessun effetto giuridico è riconducibile, neanche in via indiretta, e nessun strumento di recupero è applicabile. Pertanto, all'atto inesistente mancherebbe, in assoluto, la possibilità di produrre effetti giuridici, non potendosi utilizzare qualcosa che non esiste. L'atto inesistente è un "non atto"¹³ e non esiste come fattispecie¹⁴. Un atto esiste in quanto vale e vale in quanto esiste¹⁵.

Pertanto, l'esistenza giuridica dell'atto si pone come presupposto del suo trattamento in ordine alla sua validità o invalidità. Solo ciò che esiste può qualificarsi come valido od invalido¹⁶. Il fenomeno dell'inesistenza giuridica è idoneo ad escludere dal campo del diritto il giuridicamente irrilevante.

L'inesistenza giuridica costituisce una nozione ancora preliminare rispetto a quella di invalidità. Ciò che è inesistente non può essere suscettibile di vizi, neppure radicali, come la nullità. Mentre l'atto inesistente non ha una esistenza né di diritto né di fatto, l'atto nullo, invece, manca solo della vita giuridica¹⁷.

¹² Cfr. R. TOMMASINI, in *Enc. dir.*, XVIII, *Nullità* (dir. priv.), Milano, 1978, pag. 866 ss.

G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, pag. 3, osserva che "atto inesistente", nella sua espressione verbale e nel suo significato logico, designa la porzione del reale che non è l'atto.

¹³ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, col. 33 ss. P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, pag. 191 ss., definisce l'inesistenza del negozio giuridico come quella situazione che si verifica ogni volta che, dietro la pretesa del negozio, ne manchi assolutamente l'apparenza.

¹⁴ Evidenzia G. FILANTI, *op. cit.*, che l'inesistenza sta a designare la mancata ricorrenza del concetto, ossia l'irrelevanza giuridica dell'atto che è privo di uno dei tratti caratterizzanti il concetto e non integra, perciò, la fattispecie. Il negozio nullo, viceversa, presenta tali tratti, integra la fattispecie, e proprio per ciò è fatto oggetto di disciplina da parte del legislatore. La nullità designa, pertanto, la giuridica rilevanza del negozio.

¹⁵ Cfr. E. BARSANTI, *Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti ed annullabili*, in *Arch. giur.*, 1897, pag. 171 ss.

¹⁶ Osserva R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, pag. 386, che invalidità non significa irrilevanza giuridica, ma negazione della rilevanza negoziale.

B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, pag. 43 ss., scrive che il giudizio di validità non suppone il nulla, ma l'atto che si dichiara valido o invalido (nullo). Se la nullità suppone l'atto, supposto della nullità non è l'inesistenza dell'atto, ma la sua esistenza "[...]" l'inesistenza c'è, là dove neanche è possibile una pronuncia di nullità "[...]" il senso giuridico ci dice che solo il negozio esistente può, a sua volta, essere nullo; che la nullità è una figura peculiare del negozio e precisamente costituisce un predicato, una qualità dell'essere giuridico, non equivale alla sua mancanza "[...]" Per contro, ove non esiste il negozio, non è necessario, e nemmeno possibile, statuirne la nullità.

¹⁷ Cfr., sul punto, A. FEDELE, *op. cit.*, pag. 28, il quale critica la distinzione tra negozio inesistente e negozio nullo.

Rileva il B. WINDSCHEID, in *Diritto delle Pandette*, trad. C. FADDA e P. E. BENZA, I, I, par. 82, nota 2, Torino, 1930, che l'atto nullo non esiste per il diritto, ma di fatto esso esiste: "è un corpo senza vita, ma sempre un corpo".

Unico rimedio previsto dall'ordinamento per la nullità è la conversione, inteso come strumento legale di recupero, che per il Santoro-Passarelli consiste nella riduzione di contenuto del negozio, che egli riscontra unicamente nella c.d. conversione sostanziale di cui agli articoli 630 e 696 c.c., e non anche nella conversione formale di cui agli articoli 607 e 2701 c.c. in cui si verificherebbe unicamente una mutazione del *nomen iuris*. L'istituto della conversione non è applicabile all'atto inesistente, che, quindi, non sarà mai produttivo di situazioni effettuali.

Santoro-Passarelli sottolinea la distinzione tra annullabilità relativa di cui al 1° co. dell'art. 1441 c.c., che dà luogo al negozio claudicante e per la quale la legge stabilisce tassativamente chi sia legittimato ad agire per l'annullamento, e annullabilità assoluta di cui al 2° co. dell'art. 1441 c.c. (con funzione sanzionatoria) che può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse.

La più ampia possibilità di agire per l'annullamento, prevista nei casi di annullabilità assoluta, va ricondotta a ragioni di interesse generale, che ricorrono in tali casi e che, in un certo senso, accostano l'annullabilità assoluta alla nullità¹⁸.

Scognamiglio¹⁹ evidenzia che l'invalidità si risolve nella difettosità della fattispecie negoziale, priva di qualcuno degli elementi costitutivi o affetta da vizi. Difettosità che comporta l'inefficacia della fattispecie stessa o, quanto meno, la precarietà dei suoi effetti.

L'invalidità si ricollega ad un vizio intrinseco al negozio, l'inefficacia in senso stretto ad un difetto esterno.

L'invalidità costituisce una reazione dell'ordinamento, reazione che consiste in una negazione della rilevanza negoziale.

La nullità si pone come forma più grave (o completa) di invalidità, l'annullabilità come forma meno grave (o incompleta), caratterizzata da un'efficacia precaria ed interinale.

Messineo ha sostenuto che, in realtà, il negozio annullabile è valido, nel senso che ha una "validità pendente risolutivamente", per cui, se viene esercitata, con esito vittorioso, la relativa azione di annullamento, il negozio diventa nullo. Sino a quando il negozio annullabile non sia annullato, il negozio è valido ed è efficace. E se, in

Per via di immagini si è detto, M. HOUSQUES FOURCADE, *Des personnes*, vol. II, n. 1680, in *Traité théorique et pratique de droit civil* di G. BAUDRY LACANTINERIE, Paris, 1926, che l'atto nullo è un nato morto, mentre l'atto inesistente è un non nato.

Osserva T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, pag. 61 ss., che la norma non può direttamente sanzionare l'inesistenza, in quanto la norma, per essere applicabile, presuppone l'esistenza della fattispecie.

¹⁸ In casi particolari l'annullabilità può farsi valere da chiunque vi abbia interesse. In tali casi si parla di annullabilità assoluta. Atti assolutamente annullabili sono quelli compiuti dall'interdetto legale (art. 1441, 2° co., c.c.). Altre ipotesi di annullabilità assoluta si rinvencono in tema di impedimenti matrimoniali (artt. 117 e 119 c.c.), e in materia testamentaria (artt. 624 e 591, 3° co., c.c.).

¹⁹ Sul tema si veda, in dottrina, L. CARIOTA FERRARA, *L'annullabilità assoluta*, in *Foro it.*, 1939, IV, col. 50 ss. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pag. 367 ss.

ipotesi, decorre inutilmente il termine per l'esercizio dell'azione di annullamento, il negozio resta definitivamente e automaticamente valido ed efficace, senza che l'interessato abbia dovuto fare alcunchè per renderlo tale²⁰. Pertanto, si parla di carenza attuale di effetti a proposito della nullità e di carenza virtuale a proposito dell'annullabilità²¹.

4. Controversa e dibattuta è la questione concernente la rilevabilità di ufficio, da parte del giudice, della nullità del contratto. Esiste, infatti, un acceso dibattito, nella giurisprudenza di legittimità, che ha dato luogo a due contrapposti orientamenti. Appare, qui, opportuno operare una ricostruzione dello stato dell'arte sul punto.

Secondo un primo orientamento, maggioritario, risalente agli anni '50 del secolo scorso e via via ribadito costantemente²², la norma contenuta nell'art. 1421 c.c., per ciò che concerne l'attribuzione al giudice del potere di dichiarare d'ufficio la nullità del contratto, deve essere coordinata con il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di cui, rispettivamente, agli artt. 99 e 112 c.p.c., quest'ultimo compreso nel titolo V del libro I, che tratta dei poteri del giudice. A norma del citato art. 112 c.p.c., tali poteri non possono essere esercitati oltre i limiti della domanda giudiziale proposta. La rilevabilità di ufficio della nullità del contratto opererebbe quando si chiede in giudizio l'applicazione del contratto, la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, senza che sia necessario che la parte, nei cui riguardi si domandi che il contratto nullo spieghi i suoi effetti, sollevi la relativa eccezione. Qualora, invece, non si chieda tale applicazione del contratto e la declaratoria di nullità non sia stata richiesta, mediante la proposizione della relativa azione, non può il giudice, di sua iniziativa, dichiarare la nullità del contratto.

A tale pronuncia *ex officio* osta il principio dispositivo che presidia il processo, per cui ogni azione è soggetta alla regola della domanda, di cui all'art. 99 c.p.c. E, si aggiunge, quando si domanda l'applicazione di un contratto nullo, è la legge stessa

²⁰ Cfr. F. MESSINEO, *op. cit.*, pag. 470 ss., e *Il Contratto in genere*, in Tratt. Cicu-Messineo, vol. XXI, 2, Milano, 1972, pag. 296.

²¹ Cfr. E. BETTI, *op. cit.*, pag. 467 ss.

²² La motivazione più esauriente si legge nella sentenza Cass. civ., I^a Sez., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, I, 1907, con nota di A. PROTO PISANI, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 444, con nota di F. AMATO, e in *Foro pad.*, 1971, I, 742, con nota di N. IRTI.

Nel solco di tale orientamento giurisprudenziale si collocano Cass. civ., 20 dicembre 1958, n. 3937, in *Foro it.*, Rep. 1958, e in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 760, Cass. civ., 4 marzo 1960, n. 402, in *Giust. civ.*, 1960, I, 682, Cass. civ., 28 maggio 1966, n. 1390, in *Foro it.*, Rep. 1966, Cass. civ., II^a Sez., 11 marzo 1988, n. 2398, in *Foro it.*, 1989, I, 1936, con nota di G. MASSETANI, Cass. civ., Sez. Lavoro, 12 agosto 1987, n. 6899, in *Foro it.*, 1989, I, 1937, Cass. civ., II^a Sez., 7 aprile 1995, n. 4064, in *Giust. civ.*, 1995, I, 3011, Cass. civ., Sez. Lavoro, 14 gennaio 2003, n. 435, in *Arch. Civ.*, 2003, 1257, Cass. civ., II^a Sez., 6 agosto 2003, n. 11847, in *Arch. Civ.*, 2004, 782, Cass. civ., II^a Sez., 6 ottobre 2006, n. 21632, in *Mass. Giur. it.*, 2006, e in *Contr.*, 2007, 5, 421, che evidenzia che il novellato art. 111 della Costituzione richiede di evitare ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa, e Cass. civ., I^a Sez., 27 aprile 2011, n. 9395.

che respinge, con la forza dei suoi principi imperativi, gli effetti che promanano da un negozio affetto da nullità assoluta. Ma il congegno del processo, basato sul principio dispositivo, esclude, con l'art. 112 c.p.c., che il giudice possa dichiarare, *ex officio*, la nullità di contratti conclusi dalle parti e dei quali non si chieda, in giudizio, l'esecuzione. Il divieto di decidere su domande non proposte si risolve in una preclusione all'esercizio della giurisdizione e la violazione di tale divieto dà luogo a vizio di extrapetizione (o ultrapetizione).

L'art. 112 c.p.c. pone la domanda come limite assoluto della pronuncia del giudice (e la domanda è atto di parte *ex art. 99 c.p.c.*). Unicamente le eccezioni possono essere oggetto di pronuncia senza apposita istanza delle parti, sempre che la legge non la richieda anche per esse (cd. eccezioni in senso stretto), purché le stesse non oltrepassino i confini della controversia, posti e segnati dalla domanda. Esse sono ragioni di rigetto della domanda.

L'art. 1421 c.c. abilita il giudice a rilevare di ufficio la nullità del contratto, quando essa contraddice alla domanda, contrasta la pretesa attorea, ne impedisce l'accoglimento. Quando, invece, la nullità costituisce una ragione che favorisce la pretesa dell'attore, essa non può essere fatta valere dal convenuto come motivo di rigetto della pretesa avversaria e non può essere rilevata di ufficio.

La nullità del contratto resta nell'ambito della domanda proposta, e perciò può essere rilevata di ufficio, solo se si pone come ragione di rigetto della pretesa fatta valere. E ciò accade quando l'attore chiede il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto nascente dal contratto. Sicché, se nel giudizio si chiede l'esecuzione di un negozio nullo, il giudice, a cui spetta verificare d'ufficio la fondatezza della domanda, ove la nullità risulti dagli atti, deve rilevarla d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti e da un'eccezione del convenuto. Ciò non si verifica nei casi in cui l'attore è interessato ad escludere o a rimuovere gli effetti del contratto per ragioni diverse dalla nullità (e cioè annullamento, rescissione, risoluzione), che poteva invocare e non ha invocato²³, e ciò poiché il congegno del processo è basato sul principio dispositivo ed esclude che il giudice, dinanzi al quale il negozio sia impugnato, ne possa, di sua iniziativa, *ex officio*, dichiarare la nullità, ove tale accertamento presupponga l'esercizio di un'azione diversa da quella in effetti proposta. E si aggiunge, parimenti, qualora la domanda sia volta a far dichiarare la nullità del contratto, la deduzione di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda è inammissibile, e né la diversa causa di nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*.

La domanda di nullità da una parte e le domande di annullamento, rescissione o risoluzione dall'altra sono diverse, non solo perché diverso è il *petitum*, ma anche perché diversa è la *causa petendi*. Tale diversità di elementi oggettivi delle domande

²³ Per una ricostruzione esaustiva della questione si veda G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevanza di ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, 1937.

considerate, sostiene la giurisprudenza maggioritaria, fa sì che la pronuncia non richiesta su una di esse non può essere emanata in luogo della pronuncia richiesta su altra domanda senza cadere nella violazione dell'art. 112 c.p.c. Pertanto, chiesta la risoluzione per inadempimento (o l'annullamento o la rescissione), il giudice non può dichiarare la nullità del negozio di cui si è richiesta la risoluzione (o l'annullamento o la rescissione).

Quindi l'accertamento e la declaratoria della nullità del contratto non sarebbero svincolabili dalle regole del processo dispositivo.

A tale orientamento giurisprudenziale, maggioritario, se ne contrappone un altro²⁴, che ha recepito le indicazioni della dottrina²⁵, che, da sempre, non ha condiviso le argomentazioni giurisprudenziali sopra riportate.

La dottrina ha evidenziato che anche la domanda di risoluzione, costituente strumento giuridico per elidere gli effetti del contratto, presuppone la validità del contratto. Se questo è nullo, non vi sono effetti da elidere, posto che la nullità consiste nella negazione normativa delle situazioni effettuali dell'atto che ne è colpito. Anzi, si aggiunge, è assurdo ritenere che si possa risolvere un contratto per inadempimento, e magari ottenere anche la condanna al risarcimento dei danni, là dove, a causa della nullità del contratto, non vi era nessun obbligo ad adempiere. Se il giudice fa sì che tutto ciò avvenga (e non può fare diversamente se gli si preclude la possibilità

²⁴ Cfr. A. PALERMO, 22 febbraio 1956, in *Giur. sic.*, 1956, II, 52, Cass. civ., I^a Sez., 28 gennaio 1986, n. 550, in *Giur. comm.*, 1986, II, 401, Cass. civ., II^a Sez., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Mass. Giur. it.*, 1994, Cass. civ., I^a Sez., 2 aprile 1997, n. 2858, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2459, con nota di G. VIDIRI, Cass. civ., III^a Sez., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 4, e in *Foro it.*, 2006, I, 2108, Cass. civ., III^a Sez., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Nuova giur.*, 2009, 3, 1, 201, con nota di S. NARDI, Cass. civ., I^a Sez., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Vita notarile*, 2011, 103, con nota di P.M. PUTTI, e Cass. civ., III^a Sez., 7 febbraio 2011, n. 2956.

²⁵ G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 148, il quale sottolinea che la sentenza è il mezzo offerto al giudice per applicare la legge nel caso concreto: ora se per legge un atto è nullo, anche nel silenzio delle parti il magistrato adito deve provvedere *secundum ius*, pronunciando la nullità, perché altrimenti violerebbe doppiamente la legge, applicando ad un atto nullo una norma che postula invece l'esistenza di un atto valido, e però venendo meno al primo ed essenziale dei suoi doveri, di giudicare alla stregua del diritto positivo quale esso è e non quale gli interessati o per ignoranza o per negligenza immaginano che sia, A. PROTO PISANI, Nota a Cass. 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, I, 1907, F. AMATO, *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 443, G. MASSETANI, *op. cit.*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 1984, 590, V. MARANO, *Limiti alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 57, S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 669, N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro padano*, 1971, I, 745, G. VIDIRI, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2464, G. DE FAZIO, *Causa di impugnativa contrattuale e rilievo d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur.*, 1998, I, 127, F. CORSINI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, 667, V. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corriere giur.*, 2005, n. 7, 962, G. DOTTORE, *Il senso della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale nel sistema civilistico e processuale: la Cassazione torna sull'art. 1421 c.c.*, in *Nuova giur.*, 2006, I, 380, e S. NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur.*, 2009, 3, 1, 201.

di rilevare d'ufficio la nullità), egli si sostituisce alla legge, a quella legge che vuole il contratto nullo privo di effetti giuridici. Pertanto, una deroga al principio dispositivo è ammissibile, in considerazione della *ratio* della nullità negoziale, posta a presidio dei valori fondamentali del sistema. Si evidenzia che, in tal senso, la rilevabilità di ufficio della nullità negoziale si pone non tanto in un'ottica autoritaria, quanto per tutelare al meglio interessi generali.

Prosegue la dottrina, nel suo ragionamento, osservando che la domanda di risoluzione è, anch'essa, domanda di applicazione del contratto, poiché la parte postula che il negozio sia valido e abbia prodotto i propri effetti. La domanda di risoluzione si basa, con identico grado di coerenza logica e giuridica, sulla validità del contratto, dal quale origina il rapporto, se ne chieda la risoluzione o si esiga l'adempimento della prestazione in esso dedotta. Domanda di risoluzione e domanda di adempimento sono risposte alternative, che il diritto accorda alla parte di fronte alla situazione di inadempimento, e ambedue, mediante l'anello comune, si congiungono alla validità ed efficacia del negozio: lo si riscontra nella possibile conversione dell'una domanda nell'altra *ex art.* 1453 c.c. La sequenza logica-giuridica su cui si fonda la domanda di adempimento del contratto è la stessa di quella propria della risoluzione. In realtà, la domanda di risoluzione e quella di annullamento comportano e fanno valere un diritto potestativo di impugnativa contrattuale, facente capo all'attore e nascente dal contratto impugnato: se il contratto è nullo, quel diritto potestativo non è sorto, e deve essere rigettata la domanda che lo afferma e lo vuole realizzato tramite la pronuncia giudiziale.

Alla stregua di ciò, si osserva pienamente l'art. 112 c.p.c. quando la nullità venga rilevata dal giudice di ufficio per il rigetto della domanda di risoluzione, di rescissione, o di annullamento. Tali domande, e non solo quella di adempimento, pongono la questione della nullità come condizione per il loro accoglimento. E' come se ciascuna di esse venisse proposta, al giudice, con questa necessaria, immancabile, premessa: "poiché non sussistono ragioni di nullità del contratto, propongo domanda... di adempimento, di risoluzione, di rescissione, di annullamento" e se il giudice rileva una qualsiasi ragione di nullità del contratto, deve, per ciò solo, senza ulteriori indagini, rigettare la domanda proposta, sia di adempimento, che di risoluzione, di rescissione o di annullamento.

La domanda relativa al contratto, per l'adempimento, la risoluzione, la rescissione, o l'annullamento dello stesso, rende necessario risolvere la questione della nullità, ai fini della decisione di merito. Si tratta, quindi, di una questione pregiudiziale a tali domande in senso logico-giuridico, concernente, cioè, il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio (cd. punto pregiudiziale).

Pertanto, la *quaestio nullitatis* condiziona anche la decisione delle domande di risoluzione, di rescissione e di annullamento²⁶, in quanto la validità del contratto

²⁶ G. MASSETANI, *op. cit.*, osserva che in ogni caso non assume centralità la ragione dell'invalidità, ma l'invalidità come tale. Non si vede, cioè, come una causa di nullità non dedotta dalle parti possa essere

costituisce un presupposto comune, sia nella domanda di adempimento, sia in quella di risoluzione, di rescissione, o di annullamento.

La dottrina aggiunge che la nullità del contratto deve essere rilevata d'ufficio tutte le volte che la parte intende utilizzare, nel processo, come valido il contratto nullo, e non vi è dubbio che chi chiede l'annullamento, la risoluzione o la rescissione di un contratto vuole utilizzare come valido o comunque efficace il contratto stesso.

In quanto presupposto della domanda di annullamento, rescissione, risoluzione del contratto, il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità non viola l'art. 112 c.p.c., e cioè l'accertamento della nullità attiene alla domanda di parte.

E, si aggiunge, la sentenza che dichiara nullo un contratto per un motivo di nullità diverso rispetto a quello allegato corrisponde, pur sempre, alla domanda proposta, poiché restano invariate la *causa petendi* (l'inidoneità del contratto a produrre effetti a causa dell'invalidità) ed il *petitum* (la declaratoria di nullità).

A noi sembra che la posizione della dottrina, secondo cui la nullità del contratto va rilevata d'ufficio anche nelle cause di impugnative contrattuali, sia difficilmente contrastabile. Essa non pone la nullità del contratto nell'ambito delle eccezioni, ma in quello della domanda. Riconosce, però, che tale nullità inerisce non solo alla domanda di adempimento del contratto, ma anche, necessariamente, a quelle di risoluzione, di rescissione, di annullamento.

La questione di nullità è sempre presente nel giudizio di adempimento, di risoluzione, di rescissione e di annullamento del contratto stesso. Pertanto, non si deborda dai temi posti con tali domande quando la nullità venga rilevata d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c.

Occorre, poi, anche tener conto che la giurisprudenza comunitaria²⁷ si è pronunciata, di recente, per la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, prevedendo che il giudice nazionale debba esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola di un contratto stipulato tra professionista e consumatore a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se egli considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga.

La dottrina, comunque, non concorda sulla questione dell'efficacia della decisione adottata dal giudice a seguito del rilievo officioso della nullità del contratto, di cui sia stata richiesta dalle parti la risoluzione, la rescissione o l'annullamento.

Per una tesi²⁸ la soluzione risiede nell'art. 1421 c.c., secondo cui la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, e "rilevare" d'ufficio la nullità non significa "di-

lasciata cadere dal giudice alla luce dell'art. 1421 c.c.

²⁷ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, IV^a Sez., 4 giugno 2009, causa C-243/08, in *Contr.*, 2009, 12, 1119.

²⁸ Cfr. F. AMATO, *op. cit.*, E. GRASSO, *La pronuncia di ufficio*, Milano, 1967, I, 320 ss., R. SACCO, *Le invalidità*, in Tratt. Rescigno, Torino, 1986, X, 486 ss., E. ROPPO, *I poteri del giudice ex art. 1421 c.c. e la nullità*

chiarare” o “pronunciare” a tutti gli effetti la stessa nullità; significa, semplicemente, conoscere incidentalmente, accertare *incidenter tantum* l'esistenza dell'invalidità al fine di rigettare la domanda proposta. Pertanto, la nullità del contratto, rilevata d'ufficio, limita i suoi effetti al giudizio in cui viene accertata e si esaurisce con il rigetto della domanda di adempimento, di risoluzione, di rescissione, o di annullamento.

Operando un coordinamento tra l'art. 1421 c.c. e l'art. 34 c.p.c., che prevede che le questioni pregiudiziali sono decise con piena efficacia di giudicato solo se le parti lo chiedano ovvero la legge lo imponga, si osserva, ci sembra in modo convincente, che poiché l'art. 1421 c.c. non impone che la *quaestio nullitatis*, rilevabile di ufficio, venga decisa con efficacia piena di giudicato, la decisione stessa viene adottata *incidenter tantum*, qualora le parti non chiedano il contrario.

Altra tesi²⁹ sostiene che l'art. 1421 c.c. non si iscrive nella cornice dell'art. 112 c.p.c., ma piuttosto in quella dell'art. 2907, 1° comma, c.c., che assegna al giudice l'obbligo di pronunciare, nei casi tassativamente previsti dalla legge, senza l'impulso di parte e al di là dei limiti della domanda, cioè con piena efficacia di giudicato a tutti gli effetti. Pertanto, secondo tale tesi la nullità del contratto è rilevata di ufficio sempre con effetto di giudicato pieno³⁰.

Alla luce dell'acceso dibattito giurisprudenziale esistente, innanzi esposto, è risultata, senz'altro, opportuna la rimessione della questione alle Sezioni Unite con l'ordinanza della Corte di Cassazione civile, Sezione I[^], 28 novembre 2011, n. 25151³¹.

Le Sezioni Unite civili, con sentenza 4 settembre 2012, n. 14828³², hanno affermato che, alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e posto che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale, quali le nullità di protezione (il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta) e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione, volta ad invocare la forza del contratto. Il giudice accerta la nullità *incidenter tantum* senza effetto di giudicato. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità ove, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta la relativa domanda. Nell'uno e nell'altro caso dovrà disporre, se richiesto, le restituzioni.

parziale del contratto, in *Foro padano*, 1970, I, 1105 ss., e V. MARANO, *op. cit.*

²⁹ N. IRTI, *op. cit.*, che richiama G. STOLFI, *op. cit.*

³⁰ Di giudicato discorre anche Cass. civ., I[^] Sez., 2 aprile 1997, n. 2858, *cit.*

³¹ Pubblicata in *Dir. e Giur. comm.*, n. 2, 2012, pag. 28.

³² Pubblicata in *Contr.*, n. 11/2012, pag. 869 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, e in *Nuova giur.*, 2013, I, pag. 15 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO.

Le Sezioni Unite valorizzano l'argomento per cui l'accoglimento della domanda di risoluzione comporta la verifica della validità del contratto. Nel compiere tale accertamento, il Giudice può rilevare d'ufficio la nullità, e quindi dichiarare l'inidoneità del contratto a produrre situazioni effettuali *ab origine*. E tanto a tutela delle esigenze pubblicistiche o comunque superindividuali connesse all'istituto della nullità³³, posto che la rilevabilità d'ufficio è lo strumento tipicamente preposto alla tutela degli interessi indisponibili della collettività. Il ragionamento della Suprema Corte implica che l'art. 1421 c.c. configuri una norma generale.

Dunque, il Supremo Consesso ha ritenuto che la nullità del contratto può essere rilevata d'ufficio, in qualunque stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, quindi anche per una ragione diversa da quella espressamente dedotta, nell'ipotesi in cui sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione del contratto, la cui validità costituisce, quindi, un elemento costitutivo della domanda. Di conseguenza, la contestazione della validità del contratto non costituisce domanda giudiziale, ma mera difesa, che pregiudica l'esercizio del potere di dichiarare d'ufficio la nullità per vizi diversi da quelli eccepiti.

La domanda di risoluzione implica l'esistenza di un contratto valido, in quanto volta ad eliminarne gli effetti. La domanda di adempimento del contratto e quella di risoluzione dello stesso comportano, parimenti, la richiesta di applicazione di esso, presupponendone la validità.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, recepisce le critiche espresse dalla dottrina, là dove ravvisa, nell'accertamento della validità del contratto, il presupposto logico-giuridico tanto dell'azione di adempimento quanto di quella di risoluzione. La Corte riconosce l'identità sostanziale della domanda di adempimento con quella di risoluzione al fine di ammettere anche in questa seconda ipotesi l'intervento del giudice. In entrambe le ipotesi l'accertamento della validità sarebbe pregiudizievole rispetto all'accoglimento delle relative domande³⁴.

La funzione dell'art. 1421 c.c. è impedire che il contratto nullo, su cui l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore possa produrre i suoi effetti³⁵. Dunque in tale norma non di facoltà propriamente trattasi, ma di obbligo, per cui il verbo

³³ Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*, in *Giur. it.*, n. 4, 2013, pag. 907 ss., F. TOSCHI VESPASIANI, *La portata della rilevazione d'ufficio della nullità contrattuale e del giudicato implicito*, in *Questione Giustizia*, 21 gennaio 2015, S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 2, II, pag. 155 ss., e S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21083/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in *Corriere giur.*, n. 2, 2013, pag. 178 ss.

³⁴ Si veda I. PRISCO, *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2014, pag. 581.

³⁵ Cfr. R. TRIOLA, *Contratti in genere, domanda di risoluzione, rilievo d'ufficio della nullità, condizioni, effetti, Vita notarile*, n. 1, 2013, pag. 209 ss.

“può”, usato in detta disposizione, è da intendersi “deve”. E’ dovere dell’organo giurisdizionale evitare di attribuire efficacia ad un contratto nullo.

Secondo l’interpretazione della Suprema Corte, il legislatore avrebbe compiuto una scelta pubblicistica, qualificando, sul piano processuale, la nullità quale eccezione “in senso lato”, rilevabile d’ufficio.

La spiegazione causale di tale opzione normativa, secondo il giudice di legittimità, si rinviene nel fatto che la nullità tutela, in via generale, interessi superiori, generali, e comunque superindividuali. Da qui la distinzione con l’annullabilità che tutela interessi anche qualificati e rilevanti, ma pur sempre particolari. In ragione di tale differenza si spiega la scelta legislativa di considerare rilevabile d’ufficio l’eccezione di nullità e non rilevabile quella di annullabilità.

La rilevabilità d’ufficio è, quindi, parte integrante dello statuto della nullità³⁶.

Con ordinanza 27 novembre 2012, n. 21083, la Corte di Cassazione, II[^] Sezione, rimetteva al Primo Presidente, per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione di massima di particolare importanza relativa al punto se la nullità del contratto possa essere rilevata d’ufficio non solo allorchè sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto, ma anche nel caso in cui sia domandato l’annullamento del contratto stesso.

Le Sezioni Unite civili, con sentenze 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243³⁷, statuiscono che il giudice chiamato a decidere sull’impugnazione di un contratto, a seguito di azione di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione, nullità, una volta provocato il contraddittorio, deve rilevare ogni forma di nullità, dichiarando la stessa *incidenter tantum* in motivazione, senza effetto di giudicato.

Tali sentenze confermano, a più ampio raggio, con riferimento ad ogni tipo di impugnazione del contratto, quanto statuito dalle Sezioni Unite con sentenza 4 settembre 2012, n. 14828, secondo cui il giudice, chiamato a decidere sulla risoluzione di un contratto, una volta provocato il contraddittorio, deve rilevare ogni forma di nullità, dichiarandola *incidenter tantum*, senza effetto di giudicato, sempre che non venga proposta la relativa domanda.

Del resto, se la nullità è prevista per interessi superiori e generali, è interesse dell’ordinamento evitare che un contratto nullo produca effetti, né tra le parti né rispetto ai terzi. Pertanto, il giudice deve rigettare, attraverso il rilievo d’ufficio e la dichiarazione di nullità, le azioni che presuppongono l’efficacia del contratto.

In presenza di una domanda di risoluzione, o di rescissione, o di annullamento del contratto, e della prospettazione, ad opera del giudice, della configurabile nullità dello stesso, sarà probabile che l’attore muti la richiesta originaria in un’azione di accertamento della nullità, rendendo, in tal modo, una volta dichiarato nullo il

³⁶ N. RIZZO, *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015.

³⁷ In *Nuova giur.*, I, 2015, pag. 299 ss., con nota di commento di N. RIZZO, *Il rilievo d’ufficio della nullità preso sul serio*.

contratto ad opera del giudice, del tutto sovrapponibile la domanda con la pronuncia giudiziale.

Le sentenze n. 26242 e 26243 completano e concludono il ragionamento sviluppato dalla precedente decisione delle Sezioni Unite 4 settembre 2012, n. 14828³⁸.

Del resto, se la funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità consiste nella garanzia posta dal sistema normativo, volta ad evitare che si conferisca efficacia giuridica ad un contratto che non può produrre situazioni effettuali, non solo tra le parti ma anche nei confronti dei terzi, appare equo realizzare un trattamento unitario in caso di impugnazioni di un contratto affetto da nullità.

In adesione a tale ragionamento, le pronunce n. 26242 e 26243 stabiliscono che il giudice dovrà rilevare d'ufficio la nullità del contratto, che risulti dagli atti del processo, non solo quando sia chiesto l'adempimento o la risoluzione del contratto, ma anche quando sia richiesto l'annullamento o la rescissione.

Le pronunce n. 26242 e 26243, in ordine alle nullità di protezione, precisano che l'attribuzione ad uno solo dei soggetti del potere di scelta tra conservazione ed invalidazione del contratto non implica, di per sé, il divieto di rilievo d'ufficio. Il Supremo Concesso evidenzia che la giurisprudenza comunitaria sembra orientata nel considerare rilevabili d'ufficio le nullità in parola (CGCE 4 giugno 2009, Panon, C-243/2008).

Le nullità di protezione sarebbero pur sempre delle vere e proprie nullità, sebbene ad assetto variabile, di tipo funzionale, calibrate sull'assetto di interessi concreti, con finalità essenzialmente confermativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo. Il ricorrere di un profilo pubblicistico escluderebbe che le nullità di protezione possano essere considerate eccezioni in senso stretto.

Le Sezioni Unite affrontano, infine, il tema delle nullità parziali. Il caso ipotizzato è quello dell'attore che domandi in giudizio l'accertamento della nullità di una specifica clausola contrattuale, mentre il giudice rilevi un possibile vizio dell'intero contratto.

Anche su questo aspetto l'orientamento giurisprudenziale tradizionale riteneva che il giudice, investito della domanda di parte della nullità dell'intero contratto, avrebbe potuto dichiarare la nullità della singola clausola, mentre non sarebbe stato possibile il contrario in quanto, in tal caso, vi sarebbe stata violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Le Sezioni Unite, opportunamente, rivedono tale orientamento, affermando che il giudice, chiamato a pronunciarsi su una domanda di nullità di una singola clausola, dovrà rilevare, di certo, la possibile nullità dell'intero contratto, sollecitando, sul punto, il contraddittorio delle parti, che potranno dedurre le loro osservazioni e modificare la domanda iniziale, richiedendo la pronuncia di nullità dell'intero ne-

³⁸ Cfr. F. Russo, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite* (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014), in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015.

gozio. La sentenza del giudice accerterà la nullità dell'intero contratto e sarà idonea al giudicato. Se, invece, le parti dovessero insistere nella domanda iniziale di nullità parziale, il giudice rigetterà la stessa, pronunciando, *incidenter tantum* e senza effetto di giudicato, la nullità dell'intero contratto.

Tale ragionamento vale anche per l'ipotesi contraria, del giudice che, a fronte di una domanda di nullità dell'intero contratto, rilevi una possibile nullità di una singola clausola.

Principio di maggioranza e tutela del dissenziente*

di Maria Barela**

SOMMARIO: 1. Unanimità e maggioranza. Il fondamento del vincolo per il dissenziente: la formazione della volontà comune nell'assemblea ed il metodo collegiale. – 2. Il dissenso manifestato mediante il recesso. – 3. Dissenso ed esclusione del socio. – 4. La tutela del dissenziente attraverso il controllo sulla gestione e i rimedi esperibili.

1. Letteralmente, il dissenziente è colui che sente diversamente, che esprime un punto di vista diverso da quello degli altri ed è colui il cui interesse sarà sacrificato in nome dell'agilità della decisione adottata a maggioranza, quando tale criterio sia scelto, dal legislatore o dai privati, sacrificando la logica del consenso unanime.

Tuttavia, tenuto conto che il nostro sistema di diritto privato ruota intorno all'autonomia negoziale, il principio di maggioranza necessita di una giustificazione logico-giuridica idonea a ricondurre la decisione adottata dalla *maior pars* anche ai dissenzienti, di talché possa essere imputata all'unanimità degli interpellati.

Se è vero, infatti, che esso comporta la 'tirannia' della maggioranza sulla minoranza¹, è anche vero però che il diverso principio dell'unanimità finisce per configurare una violenza dei meno sui più, laddove i dissenzienti impediscano la deliberazione, fino addirittura alla possibilità che l'unico dissenziente paralizzi l'attività del gruppo ed impedisca il raggiungimento di qualsiasi decisione, attraverso lo *ius prohibendi*².

La scelta coerente dell'uno o dell'altro criterio dipende dai canoni ai quali è improntato il sistema giuridico nella cui prospettiva ci si pone: assicurare il massimo ossequio all'autonomia privata significa sacrificare l'agilità decisionale; rompere la

* Queste pagine svolgono temi già accennati in una relazione tenuta a Parma il 7 marzo 2014 in occasione dei *Seminari itineranti* promossi dal Professore Natalino Irti.

** Ricercatore confermato in Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹ Sulla limitazione dell'autonomia privata derivante dall'applicazione del principio di maggioranza (teorizzata nel diritto pubblico da H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 290), si veda L. Barassi, *Il principio maggioritario nel diritto privato*, 1931, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931; Id., *Proprietà e comproprietà*, Milano 1951, p. 811 ss.; P. Bonfante, *L'azione autonoma del condomino*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, p. 886.

² L'introduzione del diritto di opposizione nell'amministrazione delle società nel *Code Napoléon* è dovuta al Pothier (*Traité du contrat de société*, Bruxelles, 1831, p. 415). Sul punto, F. Galgano, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 69; A. Venditti, *Collegialità e maggioranza*, Napoli, 1955, p. 49.

rigidità del principio di unanimità significa sacrificare la logica del consenso corale e con esso le ragioni della minoranza.

La prima prospettiva consente ed impone la valutazione delle ragioni di tutti i partecipanti senza sacrificare l'interesse di alcuno. La fase della discussione tra i deliberanti acquista un'importanza straordinaria: più laborioso il raggiungimento della decisione, ma certamente più soddisfacente il risultato, in quanto frutto di condivisione.

La risalente finzione giuridica “*quod maior pars facit totum facere videtur*”, secondo cui il volere della maggioranza viene equiparato arbitrariamente a quello della totalità, mostra di superare il problema mediante una semplice presunzione³. Nel tentativo di giustificarla, la riflessione intorno al principio ha condotto ad individuare il fondamento del vincolo per tutti gli appartenenti al gruppo, ivi compresi i dissenzienti, nel sorgere di una “volontà unitaria”, distinta dalla volontà degli individui e che questa trascende. Ricordiamo, al riguardo, che nelle assemblee medievali, chi dissentiva usciva dal gruppo contrapponendosi ad esso ed il conflitto, al fine, si regolava con le armi⁴.

La costituzione del gruppo in collegio e la conseguente formazione della volontà unitaria svolgono, pertanto, la funzione di eliminare la singolarità delle dichiarazioni di ciascun membro, in una visione antropomorfa del gruppo stesso, cui viene imputata addirittura una “volontà”. Anche questa, tuttavia, è una finzione⁵, al pari dell'arbitrario riferimento a tutti della decisione di alcuni soltanto. Anch'essa esige una giustificazione sul piano logico-giuridico.

A voler individuare un riferimento normativo all'atto di autolimitazione dell'autonomia privata, al fine di formare la volontà comune (che sia o meno imputata ad un soggetto diverso, cioè ad una persona giuridica o ad una collettività), il vincolo per il dissenziente potrebbe essere rintracciato in due modelli: quello della determinabilità dell'oggetto della deliberazione da parte del terzo (nel nostro caso, la maggioranza), mediante l'istituto dell'arbitraggio⁶, oppure quello della integrazione del

³ Questo principio trova le sue origini nel periodo intermedio, nelle corporazioni medievali (*universitates*), divenute autonomi centri di imputazione di interessi e caratterizzate da un agire collegiale; allo stesso tempo, nel diritto canonico viene formulato il principio che identifica la *maior pars* con la *sanior pars*, fino a prova contraria. Tale presunzione consente di ricondurre il volere della maggioranza all'unanimità e, al contempo, di far emergere l'incompatibilità sussistente tra il principio di maggioranza e quello di autorità. Si vedano F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, p. 31 ss.; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 29 ss.; ID., voce *Principio di maggioranza*, in *Enc. Dir.*, 1986, p. 547 ss.; E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Adelphi, 1976, p. 56 ss.

⁴ O. VON GIERKE, *Sulla storia del principio di maggioranza*, in *Riv. soc.*, 1961, p. 1103.

⁵ Prima di giungere al concetto di persona giuridica, si parla di “persona ficta” (VON GIERKE, *op. cit.*, p. 1114). In argomento, *ex multis*, F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, cit., p. 4 ss.; P. TRIMARCHI, *Invaldità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, p. 19; R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 37.

⁶ Si veda P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2006, p. 257 ss.

contratto da parte della legge, *ex art.* 1374 c.c., dove non vi è corrispondenza tra contenuto dell'atto e contenuto degli effetti.

Una volontà comune distinta da quella dei singoli non presuppone necessariamente la presenza di una persona giuridica, purché vi sia un gruppo organizzato (società di persone, comunione, condominio, assemblea dei creditori, collegio giudicante, impresa familiare), il cui funzionamento interno sia per l'appunto assicurato dal principio in questione⁷. Anche in questo caso la giustificazione della decisione adottata con il solo consenso della *maior pars* è collegata all'adozione del metodo assembleare. All'interno del gruppo si formerà una volontà che è bensì comune, ma non di un soggetto diverso: le plurime dichiarazioni volte a costituire l'atto collettivo, pur sommandosi, restano distinte e riferibili alle singole volontà individuali⁸.

In tal caso gli interessi da soddisfare sono imputabili in via diretta ai partecipanti e non a un differente soggetto che li trascenda. La decisione unanime degli interessati è perciò certamente valida anche se presa fuori dalla riunione assembleare. Se, invece, è adottata a maggioranza, perché possa ritenersi vincolante per tutti, la volontà comune deve formarsi secondo un procedimento prestabilito, che prevede lo svolgimento di determinate fasi e il necessario compimento di specifici atti. La forma espressiva unitaria può bensì essere costituita da un numero di volontà inferiore a quello dei soggetti abilitati a concorrere alla decisione; ma perché ciò accada si impone l'osservanza di precise regole.

Il potere della maggioranza trova il principale strumento di espressione nella deliberazione, *beschluss*, e rinviene la sua fonte nella legge, la quale, sul presupposto della comunione o del collegamento di interessi, individua una posizione di competenza collettiva dei partecipanti, conferendo alla maggioranza la legittimazione ad agire nell'interesse della totalità degli interessati⁹. Quelli tra essi che non abbiano preso parte alla determinazione ovvero abbiano manifestato, attraverso l'esercizio del diritto di voto, un interesse contrario a quello della maggioranza, sono vincolati alla deliberazione dei più.

La deliberazione imputata al gruppo, quale espressione della volontà unitaria, discende dalla pluralità di negozi unilaterali (dichiarazioni di voto), efficaci soltanto

⁷ Sul punto, A. VENDITTI, *op. cit.*, p. 20; R. SACCHI, *op. cit.*, p. 34; S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, secondo il quale personalità del gruppo e principio di maggioranza non sono inscindibilmente connessi. Secondo E. RUFFINI (*op. cit.*, p. 94), il principio maggioritario è una semplice formula giuridica che può inerire a diversi fenomeni. In questa prospettiva, il criterio della maggioranza, ove sia scelto per conferire validità alla decisione adottata, diviene il parametro per verificare la legittimità della deliberazione, al pari di qualsiasi procedura di produzione di norme giuridiche, risolvendosi in tal caso la legittimità in un mero ed inevitabile "conto" dei voti: N. IRTI, *La tenaglia*, Roma-Bari, 2008, p. 47 ss.

⁸ Per tutti, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1973, p. 645; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 212.

⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, introduzione di G. B. Ferri, a cura di G. Crifò, rist. corretta della II ed., Napoli, 2002, p. 263.

a condizione che il contenuto di ciascuno di essi corrisponda al contenuto degli altri. Tutti insieme confluiscono in un altro negozio unilaterale, l'atto collegiale, sede propria di applicazione del principio di maggioranza¹⁰.

In senso proprio, di volontà collegiale può discorrersi laddove essa venga imputata ad un soggetto distinto dalle persone dei singoli membri e destinato ad operare tramite un organo, la cui volontà si forma, mediante il criterio della maggioranza, attraverso un procedimento assembleare che assurge ad elemento costitutivo della deliberazione.

Emerge così in tutta la sua importanza l'utilizzazione del metodo collegiale, contrassegnato dall'adozione di alcuni passaggi prodromici alla deliberazione del gruppo: convocazione dei partecipanti, riunione degli stessi, discussione, votazione. La formazione del comune intendimento non può prescindere da questi momenti, attraverso i quali si svolge la partecipazione dei componenti alla formazione della volontà comune, partecipazione costituente il presupposto dell'efficacia vincolante della decisione nei confronti di tutti¹¹.

Il metodo in parola consente a ciascuno sia di concorrere alla formazione della deliberazione sia di (cercare di) influire attraverso la discussione – ove sia prevista – sul voto degli altri appartenenti al gruppo¹². Esso opera, dunque, come strumento di protezione delle minoranze¹³, permettendo loro non solo di essere previamente informate dell'oggetto della deliberazione, ma anche di partecipare alla preventiva discussione, nel corso della quale ciascun membro ha la possibilità di esporre e di difendere, in contraddittorio con gli altri intervenuti, il proprio punto di vista. Il che non esclude in assoluto, beninteso, la possibilità che atti costitutivi e statuti possano contemplare deroghe a tale metodo, per i casi in cui il procedimento collegiale non venga valutato funzionale alla formazione della volontà dell'ente¹⁴.

¹⁰ Sull'applicazione del principio maggioritario nel caso di deliberazione (atto collegiale) imputata ad un soggetto distinto dalle persone dei votanti, A. VENDITTI, *op. cit.*, Napoli, 1955, p. 21 ss.; R. SACCHI, *op. cit.*, p. 167 ss.

¹¹ Nota è la similitudine tra il corpo umano ed il corpo sociale che deve giungere ad una decisione: così come nella mente umana si confrontano i pro e i contro per esprimere una scelta, fino a che alcune ragioni prevarranno su altre, così nel gruppo si valutano le diverse possibilità attraverso la discussione e la riflessione comune (E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, cit., p. 82, evoca al riguardo il pensiero dei giusnaturalisti). Nell'ambito del processo decisionale, il dissenso riveste pertanto un'importante funzione, specie nella fase della discussione, laddove l'opinione contraria al generale orientamento può costituire un rilevante elemento di riflessione per una valutazione più consapevole.

¹² F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, cit., p. 29.

¹³ Sul punto, A. Cerrai - A. Mazzoni, La tutela del socio e delle minoranze, in P. Abbadesse - A. Rojo (a cura di), *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze e progetti*, Milano, 1993, p. 340 ss.

¹⁴ Tale l'orientamento della Suprema Corte, la quale ha avuto modo di affermare che è invalida, e sanzionabile con l'annullamento, la deliberazione che non sia stata preceduta dalla piena e completa discussione prima della votazione finale, atteso che il procedimento assembleare è volto sia alla tutela dei singoli soci che alla tutela di un'esigenza di carattere generale, al fine di far emergere la migliore decisione per l'ente, attraverso l'esercizio del diritto di ciascuno degli intervenuti di esprimere, in contraddittorio con gli altri, la propria opinione ed orientare, nel senso da essi auspicato, la decisione finale: Cass. 13 dicembre 2002, n. 17848, in

La ragione per cui il dissenso necessita di un'adeguata protezione da parte del legislatore – il quale per vero ha mostrato il suo favore nei confronti dell'opinione minoritaria nei vari ambiti i cui essa viene espressa – trova il suo duplice fondamento sia nella esigenza di tutelare l'autonomia privata di ciascun partecipante al gruppo con riferimento agli atti di disposizione dei suoi diritti sia nella esigenza di tutela dei gruppi, nel verificare che l'opinione del dissenziente non sia in realtà quella più idonea a realizzare gli interessi della collettività. Si spiega così il *favor* per la manifestazione del dissenso in assemblea, svincolata da qualsiasi canone formale: dissenzienti sono tutti coloro che in qualsiasi forma espressa in quella sede neghino il proprio contributo all'approvazione della delibera¹⁵.

Le ragioni della tutela del dissenziente muovono da lontano. Nella dottrina dei canonisti, in origine valeva il principio della *maior et sanior pars*, a mano a mano sostituito dal principio della sola *maior pars*, soprattutto a partire dall'introduzione delle votazioni segrete¹⁶. Nel rapporto tra maggioranza numerica e ragionevolezza della decisione, è ovvio che una forte preponderanza numerica offra più intense garanzie di ponderatezza, pur potendo accadere che l'unico dissenziente suggerisca la decisione più conveniente per l'intero gruppo¹⁷. Ed è proprio questa eventualità ad aprire la strada all'ulteriore riflessione da parte della collettività, ovvero alla valutazione da parte del giudice.

2. Comunione e collegamento di interessi rappresentano il presupposto della legittimazione della maggioranza e consentono di vincolare la minoranza alla volontà altrui, purché il diritto sia esercitato in conformità alle previsioni di legge. La legge costituisce pertanto la fonte del potere e, al contempo, il primo limite del principio maggioritario¹⁸.

Foro it., 2003, I, 2120, secondo cui “il rispetto del metodo collegiale deve ritenersi sottratto alla disponibilità delle parti”.

Tuttavia, il metodo collegiale deve ritenersi superfluo nel caso in cui la decisione sia presa all'unanimità, anche fuori dalla sede assembleare: F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. III, Padova, 2010, p. 29.

¹⁵ Così Cass. 30 maggio 2008, n. 14554, cit.

¹⁶ Sul punto, O. VON GIERKE, *op. cit.*, p. 1112; *amplius*, A. RUFFINI, *Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, in *Arch. Giur.*, 1925, XCIII, p. 18; F.E. ADAMI, *Commistione di principi canonistici e civilistici in un consilium cinquecentesco relativo all'elezione del Rector Iuristarum nello studio di Ferrara*, in *Ann. Univ. Ferrara*, Sc. Giur. Nuova serie, vol. XVI, 2002, p. 33, mette in luce le assonanze tra i principi della dottrina canonica e civilistica in tema di adozione delle deliberazioni nei gruppi.

¹⁷ Si segnala, al riguardo, una decisione del TAR Napoli (Sez. I, 17 giugno 2011, n. 3227, in *Foro amm.* 2011, 6, 2030), secondo la quale la decisione di una commissione aggiudicatrice “di avvalersi della media dei voti espressi da ciascun commissario, in luogo del criterio di maggioranza, appare, a ben vedere, maggiormente ossequiosa del principio di collegialità del giudizio, in quanto con la stessa si elidono gli inconvenienti insiti nel carattere “tirannico” della votazione a maggioranza, in applicazione del cui metodo le valutazioni del componente in minoranza sono destinate a non lasciar traccia alcuna nel giudizio definitivo”.

¹⁸ N. BOBBIO, *La regola della maggioranza: limiti ed aporie*, in AA. VV., *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bologna, 1981, p. 33 ss.

Il problema dei limiti non assume rilevanza meramente astratta, ma introduce il tema della tutela della minoranza e del partecipante alla comunione di interessi, assente o dissenziente, inciso dalla decisione di altri. Intendendo la libertà come potere di autodeterminazione¹⁹, l'ordinamento giuridico non sembra riconoscerla senza limiti e condizioni, nelle ipotesi in cui essa incida sull'eguale diritto della minoranza²⁰. Ovvio diviene quindi l'approntamento, da parte del legislatore, di pluri-strumenti volti alla sua tutela.

Poiché la maggioranza implica per definizione la minoranza, i due gruppi non costituiscono solo l'espressione di opposte posizioni, ma configurano altresì le parti complementari dell'*unicum*, rappresentato dal gruppo, al cui interno la sintesi degli interessi individuali sfocia nella decisione destinata ad esprimere ed attuare l'interesse generale²¹ nella sede propria dell'assemblea, ove il dissenso può essere mostrato in qualunque modo, intendendosi per dissenzienti coloro che abbiano negato in qualsiasi forma manifestata in assemblea il proprio contributo all'approvazione della delibera²².

All'esito dell'eventuale discussione, può accadere che il contrasto si appiani oppure che il disaccordo permanga ed anzi si acuisca ed allora al dissenziente si apre una duplice scelta: restare nel gruppo ed esperire i rimedi che il legislatore predispone allo scopo di tutelare la minoranza nella gestione dell'attività oppure utilizzare il rimedio *tranchant* del recesso.

Certamente l'esercizio di questa facoltà esprime la più profonda ed insanabile frattura, non intendendo il singolo soggiacere alla decisione della maggioranza e darvi esecuzione²³. Qualora egli ne avverta così forte la violenza, l'allontanamento attraverso il recesso esprimerà l'apice del dissenso, prospettabile per due ordini di ragioni: 1) perché ritiene la decisione della maggioranza in contrasto con la realizzazione dell'interesse comune; 2) perché, pur riconoscendo alla deliberazione l'idoneità a soddisfare l'interesse del gruppo, considera il sacrificio del proprio interesse individuale troppo gravoso²⁴.

¹⁹ N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 34; ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, § 2, p. 4 ss.

²⁰ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, p. 290.

²¹ Com'è ovvio, il concetto di maggioranza (e, conseguentemente, quello di dissenso rispetto ad essa) è logicamente incompatibile con la presenza di soli due soggetti, ove il disaccordo è reciproco.

²² Così Cass. civ., 30 maggio 2008, n. 14554, in *Foro it.* 2009, I, I, c. 204.

²³ Sul recesso, ampiamente, G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Digesto civ.*, vol. XVI, Torino, 1993, p. 437. Sul diritto di recedere quale garanzia della libertà individuale, G. TAMBURRINO, *Persone giuridiche. Associazioni non riconosciute. Comitati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi*, 2ª ed., Torino, 1997, p. 332, il quale tuttavia ammette limitazioni negoziali anche gravose del diritto di recesso, specie nel caso di associazioni a tempo determinato; *contra*, F. FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, II, 2, Torino, 1958, p. 269 ss.

²⁴ Nel regolare svolgimento dell'attività dell'ente, l'interesse del singolo dovrebbe, invece, risultare esaltato all'interno dell'associazione, come rileva P. BARCELLONA, *Il ritorno del legame sociale*, Torino, 1990, p. 117. Le ragioni del fenomeno associativo sono analizzate da P. RESCIGNO, *Dottrine ed esperienze del pluralismo*, in ID., *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 357 ss.

L'atto di recesso è stato anche definito come il “corrispettivo del potere della maggioranza” all'interno del gruppo²⁵, giacché tale potere viene tanto più arginato quanto maggiore è il timore che il suo esercizio possa indurre i dissenzienti a recedere, così privando la compagine sociale di parte delle sue risorse, che possono essere risorse importanti. La possibilità di recedere diventa così un'arma fornita ai soci di minoranza per costringere quelli di maggioranza a tener conto anche della loro volontà.

Questo timore ovviamente cresce in misura direttamente proporzionale al tasso di concorrenzialità effettivamente presente nel mercato; così come nel caso di associazioni di carattere ideologico, il “costo” del dissenso dipende dalla misura del pluralismo effettivo del sistema.

La possibilità di recedere diventa così un'arma fornita alla minoranza per indurre i più a tener conto anche della sua volontà.

Consistendo il recesso in una manifestazione di volontà di contenuto esattamente contrario a quella da cui scaturì il vincolo tra l'individuo e il gruppo, l'uscita non è configurabile allorché il vincolo stesso non sia sorto per effetto della scelta individuale di appartenere al gruppo, ma quale effetto normativo di un fatto giuridico avente causa diversa dal raggiungimento di un fine sociale: l'acquisto di un'unità immobiliare comportante l'ingresso in un condominio, l'accettazione di un'eredità da cui sorga una comunione ereditaria, il decreto del Tribunale con il quale venga nominato il comitato dei creditori o convocata l'adunanza degli stessi nel concordato fallimentare o preventivo²⁶, l'atto con il quale si costituisca un collegio giudicante privato²⁷.

In tali situazioni lo scioglimento del vincolo risulterà possibile solo facendo venir meno il rapporto sottostante costituente il presupposto dell'aggregazione: alienando il bene che consentì la partecipazione al condominio, conseguendo la divisione ereditaria, rinunciando al credito per non partecipare al concordato, rimettendo il mandato per uscire dal collegio arbitrale²⁸.

Per contro, nell'ambito dei gruppi cui il singolo abbia liberamente scelto di aderire, il legislatore si preoccupa di apprestare una tutela degli interessi individuali

²⁵ La definizione è di G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, p. 213.

²⁶ Non può tacersi, al riguardo, il rafforzamento del potere dei privati sia attraverso la “semplificazione” del principio di maggioranza, realizzata dal legislatore negli artt. 128 e 177 L.F. sia attraverso l'introduzione del principio del silenzio-assenso con la novella del 2012: cfr. V. CONFORTINI, *Interesse di classe e autonomia concorsuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1230.

²⁷ Ragioniamo in termini di effetti normativi, conseguenti all'avverarsi di una fattispecie, autorevolmente definita “strumento di precisione, che permette di «disporre» per il futuro e di convertire innumerevoli fatti in casi di applicazione normativa”: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 41.

²⁸ Ci si riferisce naturalmente al dissenso manifestato nel corso del procedimento arbitrale, prima dell'emissione del lodo, giacché successivamente non avrebbe senso parlare di rinuncia, essendo stato ormai espletato il mandato.

sottesi al contratto sociale²⁹, da un lato prevedendo la possibilità del recesso per giusta causa ovvero *ad nutum* (art. 24 c.c. per le associazioni; art. 2285 c.c. per le società di persone), e dall'altro stabilendo espressamente i casi in cui il socio ha il potere di recedere dalle società di capitali (art. 2437 c.c.). Rinuncia al diritto di recesso e patti volti ad escluderlo o a renderne più gravoso l'esercizio sono colpiti da nullità.

L'antinomia unanimità/maggioranza trova così una via d'uscita. Emblematici in argomento i "nuovi" artt. 2437 e 2473 c.c., rispettivamente dettati per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata, che consentono bensì le modificazioni statutarie a maggioranza in materie di particolare rilievo, ma tutelano la minoranza contraria offrendole la possibilità del recesso³⁰. Il dissenziente non ha il diritto di conservare inalterato, nel corso del rapporto sociale, il tipo societario, l'oggetto, il criterio di commisurazione della forza del voto originariamente recepito nel contratto di società, etc. Non gli è riconosciuto alcun potere di veto, e non può impedire l'adozione della delibera, non essendo richiesta l'unanimità. Ma può recedere, in tal modo sottraendosi agli effetti di una decisione della maggioranza che reputi, a torto o a ragione, per sé pregiudizievole, e si viene così ad attuare un avvicinamento alla disciplina degli enti *non profit*, contrassegnati dalla possibilità di modificazione a maggioranza dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 21, II comma, c.c.), ma anche dal potere di recesso (art. 24, II comma, c.c.)³¹. Restano salvi, naturalmente, gli ulteriori correttivi che l'ordinamento gli pone a disposizione (ad esempio, impugnazione della delibera, denuncia al collegio sindacale di fatti censurabili, denuncia al tribunale di gravi irregolarità, azioni di responsabilità contro gli amministratori, etc.).

²⁹ Sugli interessi dei singoli associati al momento della stipulazione del contratto, A. BARBA, *Il contratto dell'associazione*, Siena, 1995, p. 232 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 29; R. DI RAIMO, *Poteri della maggioranza, diritti individuali e modifiche statutarie nelle associazioni non riconosciute*, in Aa.Vv., *Partecipazione associativa e partito politico*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1993, p. 155.

³⁰ Si legge nella Relazione all'art. 3 del D. Lgs 17 gennaio 2003, n. 6 (che ha modificato l'art. 2473 c.c.): "La disciplina del recesso comporta un rilevante ampliamento delle ipotesi attualmente previste ed amplia così quello che in questi tipi di società risulta concretamente lo strumento più efficace di tutela per il socio. In società come quella a responsabilità limitata la partecipazione del socio è ben difficilmente negoziabile sul mercato e quindi, in caso di sua oppressione da parte della maggioranza, ridotta portata concreta possono assumere rimedi di tipo risarcitorio o invalidante. Perciò la possibilità offerta dalla legge di uscire dalla società da un lato gli consente di sottrarsi a scelte della società che contraddicono i suoi interessi, dall'altro, comportando un impegno economico per la società e per coloro che in essa rimangono, gli offre uno strumento di contrattazione con gli altri soci e con la maggioranza della società: in sostanza, la necessità di questo impegno economico comporta che nel calcolo tra costi e benefici concernenti una decisione che vede contrapposti diversi soci anche di esso si dovrà tener conto" la società e per coloro che in essa rimangono, gli offre uno strumento di contrattazione con gli altri soci e con la maggioranza della società: in sostanza, la necessità di questo impegno economico comporta che nel calcolo tra costi e benefici concernenti una decisione che vede contrapposti diversi soci anche di esso si dovrà tener conto".

³¹ F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*. Art. 36-42, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 2006, p. 136 ss.

Il legislatore privilegia in tal modo l'interesse della maggioranza, anche in difetto del consenso unanime, all'adeguamento del contratto sociale al mutare delle esigenze del mercato e dell'impresa. Lo contempera però attribuendo al socio dissenziente la facoltà di sottrarsi al volere altrui: non più il rigido e tradizionale *ius prohibendi*, bensì una maggiore flessibilità strutturale dell'organizzazione societaria. Alla più estesa autonomia decisionale della maggioranza fa da contrappeso, in favore della minoranza non consenziente, il potere di recesso³². Né varrebbe osservare che l'uscita del dissenziente dalla compagine costituisce in ogni caso un sacrificio dei suoi interessi: la formula legislativa gli lascia in realtà un significativo potere di negoziazione ogniqualvolta la maggioranza abbia interesse alla sua permanenza nella struttura societaria. E comunque, al di là di questo rilievo, affiora la volontà legislativa di proteggere, piuttosto che l'interesse individuale del socio, quello dell'impresa in sé, e persino quello dei soci futuri.

Nel passato, le norme che prevedevano tale diritto sono state ritenute di carattere eccezionale rispetto alla regola espressa nell'art. 1372 c.c., secondo la quale il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso³³. La prospettiva è ormai mutata, al punto da non potersi più discorrere di tassatività delle ipotesi di recesso. La sua ormai generalizzata introduzione nella disciplina dei gruppi sociali risponde all'evidente finalità di riequilibrio del rapporto tra i poteri della *maior pars* e gli interessi individuali: nei confronti dell'esercizio del recesso nulla può il gruppo, espressione della maggioranza. La dichiarazione produrrà senz'altro l'effetto dello scioglimento del rapporto rispetto al consociato.

L'atto costitutivo e lo statuto potranno soltanto prevedere limitazioni nell'esercizio del recesso *ad nutum* entro precisi limiti di ragionevolezza commisurata agli scopi perseguiti dall'ente: in un'associazione di tendenza il diritto di recesso godrà di tutela più intensa, altrimenti derivandone un'intollerabile limitazione della libertà di pensiero dell'associato (costituzionalmente protetta), costretto a condividere le ideologie del gruppo anche quando queste o le proprie mutino³⁴.

Diverso, beninteso, è il caso del recesso per giusta causa, legato all'accadere di un fatto giuridico, quale elemento ineliminabile della fattispecie: il dissenso nei confronti di una delibera modificativa dell'atto costitutivo di un'associazione o di una società di capitali può certamente costituire la ragione ostativa al protrarsi della partecipazione alla vita dell'ente e, pertanto, una giusta causa di recesso (artt. 21, 2437, 2473 c.c.).

³² Cass. 8 novembre 2005, n. 21641, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 279.

³³ F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, cit., p. 361.

³⁴ Sul punto, L. BARBIERA, *Inadeguata tutela della libertà di recesso dell'associato nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. it.*, 1998, 639, nota a Cass. 14 maggio 1997, n. 4244; A. VENCHIARUTTI, *Recedere da una associazione: dalla "libertà di dissociazione" al recesso per "giusta causa"*, in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, p. 423 ss.; v., anche, Cass. 4 giugno 1998, n. 5476, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2499 ss.

Nelle società di capitali, invero, le deliberazioni adottate a maggioranza vincolano innanzitutto la società e poi i soci, nei cui confronti l'effetto vincolante è indiretto. Il recesso consentito al socio trova il suo fondamento proprio nella necessità del rispetto della volontà sociale, con la sola ed unica alternativa dello scioglimento dal vincolo e del conseguimento di un rimborso per la propria partecipazione³⁵.

Del pari, può costituire giusta causa di recesso il dissenso rispetto alla modificazione dell'atto costitutivo nella società di persone (art. 2252 c.c.). Ma in questo contesto, essendo richiesta l'unanimità dei consensi, in alternativa al recesso il dissenziente potrà legittimamente esercitare il diritto di veto.

3. Se il dissenziente ha il potere di recedere dal gruppo a seguito di una frattura insanabile con la maggioranza, si può immaginare un correlativo potere di escludere il socio o l'associato dissenziente da parte della maggioranza?

Speculare alla fattispecie del recesso è quella dell'esclusione dell'associato o del socio che - fatta eccezione per il socio delle s.p.a. - si consuma anch'essa soltanto all'interno dei gruppi ai quali il privato ha liberamente scelto di aderire, al pari dell'esercizio del recesso. Nessuna esclusione potrà aver luogo ove l'aggregazione sia la mera risultante accidentale di un altro fatto giuridico (comunione incidentale, condominio, concordato fallimentare o preventivo) e non già il frutto di una specifica manifestazione di volontà dei singoli.

Il potere di recedere e quello correlativo di escludere, pertanto, sono esercitabili soltanto quando l'appartenenza al gruppo derivi da una scelta individuale. Nel caso, invece, in cui sia conseguenza di un fatto indipendente dalla volontà del soggetto, solo lo scioglimento del vincolo sottostante consentirà di recidere il rapporto con il gruppo.

Ai fini della riflessione sul dissenso l'esclusione rileva sia sotto il profilo della possibilità di disporla in presenza della violazione dell'obbligo del dissenziente di adeguarsi al volere della *maior pars* sia sotto il profilo dei limiti all'esperibilità del rimedio, dovendosene evitare la gestione arbitraria da parte della maggioranza³⁶. Ed infatti, le limitazioni al potere di esclusione, insieme ai presupposti del recesso e alla

³⁵ C. ANGELICI, *La tutela delle minoranze*, in *Società*, 1999, p. 786 ss.; ID., *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in AA.VV., *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio M. Rispoli Farina G. Rotondo, Milano, 2000, p. 33 ss.; G. FERRI, *La tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Dir. e Prat. Comm.*, 1932, I, p. 3 ss.; B. ACQUAS C. LECIS, *Il recesso del socio nella s.p.a. e nella s.r.l.*, Milano, 2010. Nelle associazioni, per contro, non è consentita la ripetizione dei contributi versati, segno dell'importanza che in tali enti assume il carattere ideale degli scopi perseguiti rispetto alle società. In tema, F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, cit., p. 352.

³⁶ Sulla competenza di un eventuale apposito organo deputato a deliberare l'esclusione, F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 378; in senso contrario, M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni, le fondazioni*, in Tratt. Rescigno, II, 2ª ed., Torino, 1999, p. 409 ss. Nella giurisprudenza, Cass. 24 ottobre 1969, n. 3490, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1713; Cons. di Stato 30 luglio 1967, n. 1834, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Persona giuridica*, n. 19.

disciplina della responsabilità deliberativa, vengono a costituire lo statuto della tutela del dissenso nei gruppi sorti da un contratto associativo.

Anche l'esclusione determina lo scioglimento radicale e definitivo del rapporto; tuttavia, mentre il recesso è esercitabile *ad nutum* (qualora l'appartenenza al gruppo sia a tempo indeterminato), essa non può essere adottata arbitrariamente, ma necessita di "gravi motivi" (art. 24 c.c. per le associazioni) o di "gravi inadempienze" (art. 2286 c.c. per le società di persone³⁷), tra i quali ricade anche la sopravvenuta perdita dei requisiti soggettivi³⁸.

L'esclusione deve essere deliberata, pertanto, sulla base di presupposti adeguati a giustificarla, sebbene il legislatore non indichi espressamente le cause che possono fondarla né prescriba che i motivi atti a giustificarla siano specificati nell'atto costitutivo o nello statuto. Spetterà all'autorità giudiziaria valutarne le ragioni a seguito dell'opposizione dell'interessato, quand'anche siano stati individuati in via negoziale alcuni fatti o atti idonei ad integrare i "gravi motivi di esclusione" o le "gravi inadempienze": il giudice non solo accerterà l'effettiva sussistenza delle cause di esclusione convenzionalmente pattuite, ma ne sindacherà altresì l'importanza e la gravità³⁹.

Anche il mancato rispetto della decisione adottata dalla maggioranza può costituire grave inadempimento nei confronti del gruppo e rappresentare un legittimo motivo di esclusione⁴⁰.

Potrebbe in proposito richiamarsi il generale dovere giuridico imposto alla minoranza di adempiere alle decisioni della maggioranza, posto a fondamento del principio maggioritario. Se la *maior pars* può orientare con carattere vincolante il comportamento dei dissenzienti, costoro sono evidentemente tenuti ad adeguarsi alle deliberazioni legittimamente assunte (salvo il diritto di recesso)⁴¹.

In effetti, solo mediante la teorizzazione di un dovere giuridico prescritto alla minoranza di adeguarsi al volere della maggioranza il dissidio di opinioni si rivela

³⁷ Sulla esclusione del socio dalla società di persone, F. DI SABATO, *Società in generale e società di persone*, in Tratt. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 192.

³⁸ L'assenza di previsioni legislative sull'esclusione del socio dalla società per azioni (salvo il caso *sui generis* dell'esclusione dal diritto di voto per mora nei versamenti), a differenza di quanto avviene nella società a responsabilità limitata, trova la sua probabile *ratio* nel carattere più "personalistico" della s.r.l., specie a seguito della novella del 2003, rispetto all'impronta marcatamente ed esclusivamente patrimonialistica della s.p.a.

³⁹ Cass. 4 settembre 2004, n. 17907, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2919 e Cass. 9 settembre 2004, n. 18186, in *Foro it.*, 2005, I, 1819; P. PERLINGIERI, *Esclusione dall'associazione non riconosciuta ed ordine pubblico costituzionale*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 543; F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, cit., p. 323.

⁴⁰ O. VON GIERKE, *op.cit.*, p. 1117, il quale riporta la posizione radicale di Fichte, che negò la validità del principio maggioritario in favore del criterio dell'unanimità, concedendo al massimo in certi casi che la maggioranza avesse il diritto di escludere il dissenziente.

⁴¹ L'introduzione di tale dovere è documentata dall'ingresso del principio "*minor pars sequatur majorem*" nella Germania del secondo Medio Evo: cfr. O. VON GIERKE, *op.cit.*, p. 1108.

superabile senza una coercizione violenta; si tratterebbe quindi di un vero e proprio obbligo, scaturente dal rapporto associativo e funzionale all'elevazione della volontà comune a decisione unanime.

In particolare, se nelle persone giuridiche il dissenziente è vincolato dalla volontà della corporazione di cui fa parte, quella stessa volontà è a lui direttamente riferibile, come può desumersi dal già richiamato art. 2377 c.c.⁴².

Può dunque discorrersi di un vero e proprio obbligo della minoranza di adempiere al volere della maggioranza, derivante dal contratto sociale. L'antica finzione arbitrariamente formulata (*quod maior pars facit totum facere videtur*) sembra così rinvenire il suo fondamento nell'obbligo imposto a tutti i membri del gruppo, dal momento che la deliberazione ottiene forza ed efficacia solo se realmente la minoranza si uniforma al volere dei più.

Diviene così corretto concludere che, nei casi più gravi di ostacolo frapposto dal dissenziente all'esecuzione della deliberazione adottata a maggioranza, può effettivamente ravvisarsi un inadempimento di portata tale da giustificare l'esclusione, secondo le disposizioni contenute negli artt. 24 c.c. e 2286 c.c. nonché, eventualmente, nell'atto costitutivo di una s.r.l. ex art. 2473 *bis* c.c. Si pensi, per un esempio, al dissenziente che ponga in essere iniziative contrastanti con le finalità ideologiche di un ente a precisa connotazione politica, intralciando gravemente l'attuazione delle linee di condotta deliberate dall'assemblea. Specifiche ipotesi di esclusione legate all'inadempimento del dissenziente potrebbero inoltre essere espressamente previste nell'atto costitutivo o nello statuto dell'ente.

Se all'inosservanza dell'obbligo per la minoranza di adeguarsi alle decisioni della maggioranza si ricollega, quantomeno nei casi limite, la possibilità dell'esclusione del dissenziente, deve anche trarsi il corollario che l'inadempienza, ovvero il persistere della sterile opposizione, configura un comportamento illecito del consociato, fonte di obbligazione risarcitoria. Ma ciò, naturalmente, sempre che il dissenso non trovi la sua ragione in circostanze che lo giustifichino e ne facciano venir meno il carattere emulativo o comunque gravemente pretestuoso.

Sotto questo profilo, assume rilevanza la motivazione del dissenso.

Quid iuris nei gruppi che, non nascendo dalla stipulazione di un contratto sociale, scaturiscono da un diverso fatto giuridico? Sussiste pur sempre l'obbligo giuridico della minoranza di adeguarsi al volere della maggioranza? In alcune ipotesi tale obbligo è espressamente previsto dalla legge (art. 1105 c.c., in tema di comunione⁴³;

⁴² «Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti».

Sui motivi e sul procedimento di esclusione, C. ESPOSITO, *L'esclusione del socio nelle società di capitali*, Milano, 2012, p. 181 ss.

⁴³ Il principio maggioritario nella comunione è stato introdotto dal Codice Civile del 1865, nell'art. 678, il quale stabiliva che «per l'amministrazione e pel migliore godimento della cosa comune le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti sono obbligatorie anche per la minoranza dissenziente». Fino ad allora, aveva dominato esclusivamente il principio dell'autonomia privata, secondo il quale ogni partecipante è vincolato

art. 1137 c.c., in tema di condominio). Nelle altre situazioni la risposta appare più problematica. È certa, in ogni caso, l'impraticabilità dell'esclusione, potendo il vincolo venir meno unicamente a seguito di un fatto idoneo a rimuovere il rapporto sottostante. In particolare: nella comunione ciascun comproprietario avrà facoltà di chiedere in qualunque momento la divisione (salve le tassative eccezioni previste dalla legge); nel condominio, ciascun condomino potrà sottrarsi al volere della maggioranza procedendo all'alienazione del bene; nel concordato fallimentare o preventivo il creditore potrà rinunciare al proprio diritto così sottraendosi alle decisioni cui l'intero ceto creditorio è chiamato.

4. Se il diritto di recesso e i limiti concernenti il diritto di esclusione costituiscono il culmine della tutela del dissenziente, altri aspetti di tutela non comportano invece soluzioni così drastiche e ineriscono allo svolgimento dell'attività del gruppo, dall'atto di ingresso di nuovi consociati alla nomina degli amministratori, agli atti di gestione ordinari e straordinari.

Alla base di questi molteplici strumenti è, in linea di principio, il dialogo tra minoranza e maggioranza volto ad evitare fratture insanabili che possano condurre allo scioglimento del rapporto. I limiti al potere della maggioranza si traducono in altrettanti strumenti di tutela della minoranza e, tuttavia, le profonde differenze strutturali e di amministrazione dei gruppi in cui vige il criterio maggioritario implicano modalità di controllo assai diverse da caso a caso.

A) Nelle società di capitali, l'esigenza di tutelare i soci di minoranza rispetto alle scelte compiute dall'organo gestionale, costituente emanazione della volontà della maggioranza⁴⁴, è garantita dalla richiesta⁴⁵ di convocazione dell'assemblea da parte dei soci detentori di una certa quota del capitale sociale (anche mediante la possibilità di imporre l'utilizzazione del metodo collegiale laddove l'atto costitutivo preveda un diverso criterio di decisione, secondo la previsione dell'art. 2479, IV comma, c.c.)⁴⁶ sia la richiesta di informazioni sullo svolgimento degli affari sociali, esperibile da parte dei "soci che non partecipano all'amministrazione" (art. 2476, II comma, c.c.)⁴⁷.

esclusivamente dalla propria dichiarazione di volontà; F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, cit., p. 11.

⁴⁴ Si veda T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, p. 169.

⁴⁵ Sui poteri attribuiti ai soci al fine di assecondare lo sviluppo dell'azione societaria all'insegna della legalità, specie nella società cooperativa, si veda, da ultimo, A. Cetra, *Tutela delle minoranze e dei soci nell'impresa cooperativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1512.

⁴⁶ G. ZANARONE, *La tutela dei soci di minoranza nella nuova s.r.l.*, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 340 ss.; ID., *Della società a responsabilità limitata*, Milano, 2010, p. 80 ss.

⁴⁷ La particolare forza di tale strumento di tutela risiede nella possibilità per il socio, cui fosse negato l'accesso ai documenti, di adire il Tribunale addirittura in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Qualora tali rimedi preventivi ed endoassociativi non risultino sufficienti a scongiurare l'aperto conflitto, i dissenzienti potranno esperirne altri non rientranti però nel fisiologico svolgimento dei rapporti sociali e consistenti nelle impugnazioni giudiziali, il cui esercizio è subordinato al verificarsi di un'anomalia nell'adozione della deliberazione o nei suoi contenuti.

Può discutersi se la *ratio* delle previsioni che attribuiscono il diritto di impugnazione delle delibere risieda nella tutela dell'interesse del singolo di fronte alla *major pars* oppure nella tutela dell'interesse del gruppo affinché siano adottate decisioni in linea con gli scopi e i principi cui è improntata la sua attività. È certo, comunque, che il legislatore ha finito per raggiungere un punto di equilibrio tra gli interessi individuali e quelli sociali, attraverso il contemperamento di autonomia privata ed esigenze di agilità nello svolgimento delle attività sociali⁴⁸. È significativo, al riguardo, che nelle s.p.a. il potere di impugnazione non spetti solo al dissenziente o all'assente ma anche a tutti i soci nonché a coloro che devono dare attuazione alla deliberazione (art. 2377 c.c.)⁴⁹.

In questa sede, il profilo più significativo è certamente quello della tutela del singolo rispetto alle deliberazioni lesive dei suoi diritti, anche in considerazione del precetto costituzionale di cui all'art. 2, e ci si può limitare a sottolineare che assai sottile è la linea di confine tra le deliberazioni adottate in contrasto con la legge, l'atto costitutivo o lo statuto e quelle preordinate allo scopo di realizzare interessi

⁴⁸ L'unico ambito in cui il legislatore sembra voler privilegiare prevalentemente questo secondo aspetto è quello del condominio e se ne può intuire la duplice ragione: in questi casi, infatti, la decisione collettiva è circoscritta alla manutenzione delle parti comuni dell'edificio, che forse non occupa un posto prioritario nella gerarchia degli interessi individuali. Inoltre, le scelte da adottare possono sovente richiedere velocità di esecuzione, difficilmente realizzabile ove si debba tener conto del personale punto di vista di ciascun condomino. Tale è apparso l'indirizzo manifestato in occasione della recente riforma della disciplina del condominio negli edifici, con la legge n. 220 del 2012, entrata in vigore il 18 giugno 2013, la quale ha abbassato i *quorum* sia costitutivi che deliberativi in tale materia. Sulla riforma del condominio, per tutti v. R. CORONA, *Il condominio negli edifici*, in *Riforma del condominio 2013*, in *Tratt. dir. reali*, A. Gambaro e U. Morello (diretto da), Milano, 2013; A. MUSTO, *Contributo allo studio della riforma del condominio: temi e questioni di interesse notarile*, Studio n. 906-2013/C del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato il 21.02.14, spec. p. 6 ss.

⁴⁹ Il legislatore ha previsto, tuttavia, un limite alla legittimazione dei soci all'azione *ex art. 2377 c.c.* (possesso di un'aliquota minima del capitale sociale), proprio al fine di evitare impugnazioni pretestuose da parte dei dissenzienti. Nelle s.r.l., invece, la legittimazione all'azione di annullamento della deliberazione spetta "ai soci che non vi hanno consentito", a ciascun amministratore e al collegio sindacale" (art. 2479-*bis* c.c.), ad esclusione pertanto degli assenti nonché dei soci che hanno manifestato il loro assenso; con ciò, il legislatore ha inteso forse attribuire un peso maggiore all'interesse del socio dissenziente, nell'ottica più "personalistica" delle s.r.l. rispetto alle s.p.a., come accennato con riferimento alla fattispecie dell'esclusione del socio (nota 36). Al riguardo, sulle differenze tra la disciplina delle s.p.a. e delle s.r.l., C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Cedam, Padova, 2003, pp. 92 ss. e 121 ss.; G. GUERRIERI, *Commento agli artt. 2479, 2479 bis., 2479 ter c.c.*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, III, p. 2019 ss.; A. DACCÒ, *Diritti particolari e recesso dalle s.r.l.*, Milano, 2013, p. 91 ss.

personali divergenti, lesivi degli interessi della società o degli altri soci. Ricorre, nel secondo caso, l'ipotesi dell'abuso della maggioranza, che costituisce un tema a sé.

B) Nelle società di persone, la tutela del dissenso suggerisce profili di indagine parzialmente diversi. Ed infatti, la gestione della società, in assenza di diverse pattuizioni, è affidata disgiuntamente a tutti i soci, i quali sono anche amministratori. La garanzia per il socio dissenziente risiede nel potere di opporsi all'atto di gestione che un altro amministratore voglia compiere: non si tratta, tuttavia, di un mero veto, giacché sull'opposizione decideranno i soci a maggioranza (non numerica, ma calcolata in base al criterio di ripartizione degli utili)⁵⁰.

Sovente, tuttavia, il potere gestionale non è attribuito a "ciascun socio", essendo gli amministratori nominati nell'atto costitutivo, dunque all'unanimità. In tal caso essi potranno essere sostituiti solo con il consenso nuovamente manifestato da tutti i soci, della cui volontà costituiscono emanazione, secondo le norme sul mandato collettivo (art. 1726 c.c.). L'elemento personale e il rapporto fiduciario assumono pertanto una peculiare rilevanza, pur potendo accadere che gli amministratori siano nominati a maggioranza con un atto separato, allorché tale possibilità sia espressamente prevista dall'atto costitutivo⁵¹.

In ogni caso, al socio rimasto estraneo all'amministrazione spettano il diritto di controllo della gestione (art. 2261 c.c.) nonché – nel dissenso sull'operato dell'amministratore – il potere di revoca per giusta causa (in via endosocietaria o giudiziale), con la conseguente possibilità di provocare l'estinzione del rapporto tra soci ed amministratori nella sua interezza, secondo la disposizione dell'art. 1726 c.c., trattandosi di un mandato conferito "da più persone con unico atto e per un affare d'interesse comune".

Il socio dissenziente rispetto alla linea di gestione potrà quindi - anche da solo, sempreché ricorra una giusta causa, secondo le disposizioni degli artt. 1723 e 2259 c.c.⁵² – provocare la revoca degli amministratori in carica (art. 1730 c.c.). Potere, questo, che trae il suo fondamento proprio dalla rilevanza attribuita all'elemento

⁵⁰ Sul tema, C. CONFORTI, *Le società di persone: amministrazione e controlli*, Milano, 2009, p. 131 ss.; L. PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, p. 136; G. CIAN (a cura di) AA.VV., *Diritto Commerciale*, vol. II, Torino, 2013, p. 93 ss. In particolare, sulla tutela del dissenziente nel caso della trasformazione di una società di capitali in società di persone, C. BOLOGNESI, *La trasformazione "regressiva" tra principio di maggioranza e tutela delle minoranze: problemi interpretativi*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 3, p. 740.

⁵¹ Significativa, al riguardo, una (non recente) statuizione del Tribunale di Napoli (17 ottobre 1986), in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 654, che ha invalidato la deliberazione di nomina degli amministratori adottata a maggioranza, occorrendo il voto unanime dei soci in applicazione dei principi generali in tema di mandato collettivo ai sensi dell'art. 2260 c.c.

⁵² Si deve precisare che, se l'amministratore sia stato nominato nell'atto costitutivo, la sua revoca richiede la sussistenza di due presupposti, ovvero l'unanimità dei consensi e la giusta causa (art. 2259, I comma, c.c.), mentre se la nomina sia avvenuta con atto separato, è sufficiente l'esistenza di uno solo dei due, secondo l'art. 1726 c.c.: l'"unanimità", in questi casi, deve intendersi non inclusiva del consenso del socio-amministratore, in virtù del principio generale desunto dall'art. 2373 c.c., in base al quale, in presenza di un

della fiducia, ovvero dell'*intuitus personae* nello svolgimento del rapporto tra soci ed amministratori. L'intensità della tutela del socio dissenziente è per l'appunto giustificata dal venir meno del *pactum fiduciae*.

Nel silenzio della legge, il singolo non è invece legittimato alla proposizione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società di persone per inadempimento degli obblighi loro imposti dalla legge e dal contratto sociale. L'iniziativa compete solo alla società, cui gli amministratori rispondono del proprio operato, secondo la disposizione dell'art. 2260 c.c.⁵³

C) La manifestazione di dissenso rispetto al volere della *maior pars* e la relativa tutela assumono differente connotazione nell'istituto della comunione (e ancora diversa nel condominio). Intuitiva è la difficoltà logica di conciliare i caratteri della pienezza e dell'esclusività, propri del diritto di proprietà, con la contitolarità del medesimo diritto, implicante l'attribuzione a più soggetti degli stessi poteri (pieni ed esclusivi) in ordine al godimento e alla disposizione. L'istituto, a ben vedere, pone in crisi la stessa caratteristica dell'assolutezza, tipica del diritto di proprietà⁵⁴.

Soccorre al riguardo il concetto di *quota*, la cui funzione risiede proprio nel comporre il dissidio tra profili di per sé inconciliabili, mediante l'attribuzione a ciascuno della "misura" del suo diritto. Costituendo il parametro dell'ampiezza della sfera giuridica di ogni partecipante, essa vale a calcolare il peso di ciascun voto in sede di decisione a maggioranza per la gestione, sia ordinaria che straordinaria, della cosa comune. Perciò il legislatore ha imposto espressamente alla "*minoranza dissenziente*" l'obbligo di rispettare "*le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti, calcolata secondo il valore delle loro quote*" (art. 1105 c.c.)⁵⁵, purché tutti siano stati preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione. Obbligo, questo, che afferendo al diritto *pro-quota* del partecipante risulta ineludibile: il dissenziente, ancorché 'tiranneggiato' dalla decisione della maggioranza, non potrà puramente e semplicemente distaccarsi dalla collettività, a differenza di quanto accade nei gruppi costitu-

confitto di interessi, non deve computarsi il consenso dell'interessato (si veda, in tal senso, Cass., 12 giugno 2009, n. 13761, in *Foro it.*, 2010, I, 959).

⁵³ Ciò potrebbe comportare, tuttavia, un danno per il singolo socio (il quale peraltro risponde personalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali, sebbene in via sussidiaria) di fronte all'inerzia del rappresentante legale e, per tale ragione, è stato auspicato sia in dottrina che in giurisprudenza il potere di proporre l'azione di responsabilità anche da parte del singolo, *uti socius*, nonché in via surrogatoria, *ex art. 2900 c.c.*, in luogo della società. Si veda, al riguardo, il lodo arbitrale 10 marzo 2010, Sanfilippo *Arbitro Unico* – Zappalà Agatino c. Yellow Cab di Antonino Zanucoli & C. in *Riv. Dir. soc.*, 2012, II, p. 92, con nota di G. Rugolo.

⁵⁴ La soluzione del contrasto tra l'unità dell'oggetto e la pluralità dei soggetti è stata individuata nell'unificazione dei comproprietari in una sorta di "persona giuridica collettiva", che, pur collocandosi al di sopra delle singole persone fisiche, tuttavia, non potrebbe mai assurgere al rango di persona giuridica; F. CARNELUTTI, *Appunti sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 86. Diffusamente, A. PALAZZO, voce *Comunione*, in *Digesto IV. Sez. civ.*, III, Torino, 1990, p. 158 ss.; ID., *Le successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, t. II, Milano, 2000, II ed., p. 955 ss.

⁵⁵ Art. 1137, I comma, c.c., in materia di condominio: «*le deliberazioni prese dall'assemblea a norma degli articoli precedenti sono obbligatorie per tutti i condomini*».

iti a seguito di un contratto sociale, né tantomeno potrà essere escluso, neppure per gravi inadempimenti.

Anche nella comunione, il legislatore ha predisposto il rimedio successivo dell'impugnazione delle deliberazioni: domanda di annullamento dell'atto collettivo, volta a provocare la valutazione giudiziale delle modalità di gestione della cosa comune (art. 1109 c.c.).

Tuttavia, il rimedio radicale per risolvere il conflitto con gli altri partecipanti sarà la richiesta di divisione giudiziale (ove non risulti possibile quella consensuale) nonché l'alienazione del proprio diritto *pro-quota* o la rinuncia ad esso (in tema di condominio, l'alienazione della proprietà esclusiva, donde il diritto *pro-quota* sulle parti comuni)⁵⁶.

In tema di ordinaria amministrazione della comunione, si ravvisa generalmente un potere di reciproca rappresentanza tra i partecipanti: il singolo vincola gli altri contitolari nei confronti di terzi, potendo agire validamente da solo, nella presunzione della tacita autorizzazione degli altri compartecipi, fatta salva la prova che questi possano dare del loro dissenso⁵⁷. Il problema tocca quello più ampio della nomina di un mandatario tra i componenti della parte soggettivamente complessa⁵⁸, che evoca la fattispecie del mandato collettivo, già sfiorata a proposito della nomina degli amministratori nella società di persone.

Compreso dal volere della maggioranza, il diritto del singolo si riespande tuttavia ove si tratti di deliberare in merito ai più importanti atti di disposizione (alienazione o costituzione di diritti reali), per i quali è richiesta l'unanimità dei consensi (art. 1108, comma III, c.c.), con il conseguente possibile esercizio dello *ius prohibendi*.

Tale previsione, che tiene fermo il principio di unanimità nelle decisioni di maggiore rilevanza, è sintomatica dell'esigenza di tutelare in taluni casi quanto più possibile l'autonomia privata del dissenziente, in considerazione dell'accortezza che potrebbe caratterizzare la voce fuori dal coro e tenendo sempre presente che il principio maggioritario non è *il* migliore criterio di decisione, ma solo *uno tra quelli possibili*.

⁵⁶ Ovviamente, l'effetto liberatorio prodotto da tali fatti giuridici non potrà in nessun caso incidere sull'efficacia obbligatoria delle delibere precedentemente assunte.

⁵⁷ In tal senso si è espressa la giurisprudenza della Suprema Corte (per tutte, Cass. 19 luglio 2004, n. 13332), mentre la dottrina è di orientamento contrario (sia consentito il rinvio a M. BARELA, *Godimento e amministrazione dei beni ereditari*, in G. BONILINI, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, cit., p. 62 ed alla dottrina ivi richiamata), non ammettendo l'amministrazione disgiuntiva e rilevando come, sul punto, vi sia una contrapposizione tra la disciplina dettata espressamente dal legislatore in materia di società semplice (art. 2257 c.c.) e quella in tema di amministrazione della comunione (art. 1105 c.c.).

⁵⁸ Sul tema S. D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, Milano, 2002.



Contratti finanziari e contratti energetici: nuove esigenze di qualificazione e di disciplina del contratto

di Camilla Ferrari*

SOMMARIO: 1. I contratti finanziari e i contratti energetici: l'urgenza di una qualificazione. – 2. Tipi, categorie, raggruppamenti contrattuali. – 3. La linea di demarcazione tra il raggruppamento dei contratti finanziari ed il raggruppamento dei contratti energetici, tra oggetto e causa del contratto. – 4. I piani di disciplina dei raggruppamenti contrattuali, finanziario ed energetico. – 5. I rischi nella disciplina dei raggruppamenti contrattuali. – 6. I rimedi e le soluzioni per il raggruppamento dei contratti energetici.

1. Dinnanzi al proliferare delle iniziative regolatorie, domestiche e soprattutto europee, dedicate rispettivamente ai contratti finanziari e ai contratti energetici¹, eventuali questioni di qualificazione e, conseguentemente, di disciplina parrebbero scongiurate, se non prevenute *in toto*, dal pervasivo corredo di definizioni e nozioni fornito dalla normativa di settore.

L'impressione, tuttavia, è subito smentita, poiché esistono ancora zone grigie, di confine, ove l'attrazione nell'una o nell'altra sfera di competenza è ancora un percorso incerto, che, al di là della necessità di attribuire un'etichetta classificatoria, può avere esiti destabilizzanti sul quotidiano operare delle parti contraenti.

L'esempio più calzante in tal senso, e degno di approfondimento nel seguito, coinvolge alcune tipologie contrattuali – per lo più “derivate” – con un *sottostante* energetico, i quali rischiano di confluire, in virtù di una valutazione di prevalenza dei profili finanziari, per l'appunto nell'alveo dei contratti di carattere finanziario e di essere così sottoposti per intero alla corrispondente disciplina. In altre parole, la stipulazione in via sistematica e professionale di accordi riconducibili a queste tipo-

* Ricercatore Università degli Studi dell'Insubria

¹ In particolare, il quadro normativo dedicato ai contratti finanziari è interessato da una prossima rivoluzione, a seguito dell'entrata in vigore, prevista da ultimo per il 3 gennaio 2018, della direttiva 2014/65/UE (MiFID II), in sostituzione della direttiva 2004/39/CE (MiFID I). Alla MiFID II (e al relativo regolamento di esecuzione (UE) n. 2014/600, noto come MiFIR, già modificato per effetto del regolamento (UE) n. 2016/1033), occorre poi aggiungere la altrettanto recente disciplina europea degli abusi di mercato (cosiddetta MAD II), che è costituita, a sua volta, dal regolamento (UE) n. 2014/596 (MAR, anch'esso integrato e modificato da regolamenti successivi) e dalla direttiva 2014/57/UE sulle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (CSMAD).

logie “di frontiera” potrebbe diventare attività (o servizio di investimento) *riservata*, e dunque comportare l’obbligo, in capo agli operatori del settore energetico, di munirsi della relativa autorizzazione ai sensi degli articoli 18 e seguenti del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Diviene dunque urgente stabilire un criterio discriminante tra contrattazione finanziaria e contrattazione autenticamente (solo) energetica; ambiti formalmente e legislativamente distinti che però, alla prova dei fatti, presentano aree di sovrapposizione e profili di commistione.

In proposito, la distinzione tra contratti finanziari e contratti energetici è stata sinora affidata, con approccio sbrigativo, al genere di mercato in cui questi sono negoziati; a seconda che il mercato di riferimento sia di carattere finanziario o energetico, il contratto ivi concluso sarà del tipo corrispondente.

In tal senso, tuttavia, il criterio discrezionale è sterile; anzi, si risolve in una petizione di principio: poiché la *riconduzione* del contratto entro un determinato ambito è funzionale alla individuazione della disciplina a quel contratto applicabile, ecco che, invece, stabilire nel genere di mercato il fattore qualificante del contratto significa al contrario partire dalla disciplina, intesa come dato immanente, per arrivare a *nominare* il contratto. Un’operazione che, al massimo, può avere un pregio descrittivo e stilistico.

Il percorso canonico ed utile, che va dalla fattispecie concreta alla fattispecie astratta, a sua volta presupposto per la rilevanza della corrispondente disciplina, richiede ben più ampie riflessioni: nel binomio contratto e mercati, siano questi finanziari oppure energetici, occorre preliminarmente distinguere la sfera riservata all’autonomia (contrattuale) dal momento, per così dire, eteronomo.

Appartengono alla sfera dell’autonomia i contratti negoziati e stipulati in seno ai mercati, ossia i contratti di scambio, riconducibili prevalentemente ai tipi “compravendita” e “permuta”, con oggetto alcunché di finanziario od energetico².

Hanno parimenti fonte autonoma i regolamenti dei mercati³ la dottrina è oramai definitivamente orientata nel sostenere la natura privatistica del rapporto che lega il gestore del mercato ai singoli partecipanti, a vario titolo⁴.

² Poi, oggetto di questi contratti di scambio possono essere a loro volta altri contratti, quando si tratta per l'appunto di scambiare derivati.

³ Ci si limita qui a prendere in considerazione i mercati regolamentati finanziari, al fine di istituire un parallelo con i mercati energetici, che di fatto, oggi, sono solo mercati regolamentati.

⁴ Come rilevano, secondo l’opinione unanime, E. GABRIELLI, LENER, *I contratti del mercato finanziario*, 1, in *Tratt. RESCIGNO-GABRIELLI*, Torino, 2011, 6, il regolamento che disciplina il mercato finanziario ha indubbia natura di atto di autonomia privata, destinato, in guisa di condizioni generali di contratto aperte all’adesione degli interessati, a regolare i rapporti tra la società di gestione, gli intermediari ammessi alla negoziazione e gli emittenti. Ne sono incontrovertibile prova i modelli di domanda di ammissione alla quotazione di cui alle Istruzioni al Regolamento dei mercati gestiti e organizzati da Borsa Italiana S.p.A., che richiedono al soggetto istante di approvare «specificamente, ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del Codice Civile» alcune clausole del suddetto Regolamento altrettanto specificatamente richiamate.

Le regole di fonte eteronoma, di matrice soprattutto comunitaria, dovrebbero essere dettate in funzione del *raggruppamento* contrattuale, energetico o finanziario, e non in funzione del genere di mercato: dato, quest'ultimo, che è un *posterius*, e non un *prius*, rispetto al genere di contratti ivi conclusi.

Giova, a questo punto, recuperare il significato e le finalità del tradizionale lavoro di qualificazione dell'interprete – che muove dal singolo, specifico, accordo e giunge alla figura contemplata dal legislatore, e, quindi, alla disciplina applicabile –, per ribadirne l'attualità e aggiornarlo rispetto ai nuovi contesti di regole *settoriali* e *mercantili* e alle figure negoziali ivi emerse. A tale scopo, sia consentita una digressione preliminare intorno all'essenza del ragionamento e alle tecniche disponibili.

2. Consueta fatica dell'interprete è stata qualificare i contratti, ovvero sia verificare che la singola fattispecie concreta, adeguatamente interpretata⁵, abbia le stesse caratteristiche di una fattispecie astratta contemplata dal legislatore, o almeno quelle caratteristiche ritenute presupposto minimo per determinare la rilevanza e l'applicazione della disciplina a tale fattispecie astratta abbinata.

La qualificazione presuppone allora la disponibilità di norme giuridiche chiamate ad attrarre, sulla base del riscontro degli *elementi* cosiddetti *qualificanti*, le fattispecie concrete che di volta in volta si presentano al cospetto dell'interprete. La *vis attractiva* è tanto più forte quanto più questi elementi, per definizione astratti, abbiano la possibilità di rispecchiare prassi commerciali, modelli economici, tecniche di negoziazione, insomma siano aderenti alla realtà.

Molti sforzi sono stati profusi dalla dottrina per l'individuazione delle caratteristiche qualificanti il tipo contrattuale. L'ambizione di una soluzione unitaria è sfociata anzitutto nella proposta di riconoscere nella causa l'elemento distintivo, con

⁵ Una classica questione della letteratura civilista, a cui in questa sede è possibile solo fare cenno, investe il rapporto, e l'opportunità stessa della distinzione, tra interpretazione e qualificazione del contratto. La visione bettiana (cfr. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ed. a cura di CRIFÒ, Milano, 1971, 145 ss.) propone una netta separazione tra queste due attività: in linea teorica, l'interpretazione, infatti, è diretta al riconoscimento delle disposizioni delle parti, mentre la qualificazione, che si svolgerebbe in un secondo momento, è finalizzata alla valutazione giuridica dell'atto. Di questo *distinguo* viene subito denunciata l'artificialità e soprattutto l'inutilità – già a far tempo da GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 100 ss. e SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Milano-Varese, 1962, *passim* –, non potendosi affatto considerare i due momenti in termini ontologicamente e cronologicamente diversi: il contratto viene concepito come realtà sociale e giuridica allo stesso tempo, destinatario in entrambi i casi o, per meglio dire, da entrambe le prospettive, di un trattamento da condursi comunque secondo regole giuridiche. Il principio, pacifico in dottrina, della unitarietà e inscindibilità del momento interpretativo e del momento qualificatorio appare nominalmente consolidato anche presso le corti. In particolare, nelle pronunce più recenti (tra cui Cass. 16 maggio 2013, n. 11921, in *Diritto & Giustizia*, 2013) si utilizza il vocabolo «qualificazione» per indicare una sola ma complessa operazione, entro la quale resterebbe assorbita pure l'attività che si suole intendere come interpretazione del contratto.

valenza universale, tra i tipi⁶; ma simile soluzione non possiede autentica efficacia discrezionale⁷.

Altro tentativo è consistito nel far leva sulle norme cogenti: quelle norme che indicherebbero i caratteri essenziali di un tipo contrattuale e ne consentirebbero quindi l'individuazione e conseguentemente la distinzione da tutti gli altri. Anche tale approccio non viene ritenuto costruttivo, posto l'inevitabile circolo vizioso in cui si ricade: non tutte le norme imperative presenti nella disciplina di un determinato contratto traducono infatti elementi essenziali del tipo e quindi, per selezionare, tra esse, le norme utili alla costruzione del tipo, occorrerebbe già conoscere quali sono i suoi dati caratterizzanti⁸.

Infine, si è pensato alla natura della prestazione. «Ma il diritto positivo non conforta ed anzi smentisce codesta identificazione»⁹. Peraltro, l'oggetto, ad un certo punto, è assunto ad elemento di identificazione del tipo perché, a sua volta, posto alla base di una particolare nozione di causa, scolorandosi sino a confondersi, per l'appunto, nella cosiddetta prestazione tipica o caratteristica¹⁰.

Le critiche rivolte alla pretesa di individuare un unico elemento qualificante dotato di operatività generale hanno condotto ad «ammettere invece che i vari criteri utilizzati dal legislatore per individuare i vari tipi contrattuali sono eterogenei»¹¹: possono andare dalla qualità delle parti alla natura del bene oggetto del contratto, dal contenuto alla natura delle prestazioni, dal fattore tempo, al modo di perfezionamento del contratto stesso.

⁶ L'ovvio rinvio è a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 1994, 185 ss., nonché, nel segno della continuità dell'impostazione descritta, seppure nell'ottica di una revisione critica, a FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 249 ss.. Per una efficace sintesi di questi orientamenti e per una verifica della loro influenza sulle Relazioni al codice civile, si veda ALPA, *Causa e tipo*, in *Vita notarile*, 1997, I, 3 ss.. Superfluo ci pare richiamare in questa sede la dottrina che, seppur con differenti impostazioni, anche nel vigore del codice precedente, ha sottolineato la centralità della causa nella individuazione del tipo. Si veda, per tale dottrina, la rassegna completa elaborata da E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 705, in particolare nota n. 24.

⁷ Cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Milano, 1974, 59 ss., a cui si deve la dimostrazione della sterilità dell'affermazione secondo cui i tipi sono individuati dalla causa.

⁸ E' stato CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 193 ss., a rivolgere l'attenzione alle norme cogenti per individuare la definizione del tipo. Si veda anche ID., *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli, 1972, 627. La contraddizione interna a questa opinione è stata segnalata nei termini menzionati da DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 65 ss..

⁹ Così, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, in AA. VV., *Tipicità e atipicità dei contratti*, Milano, 1983, 31 (i riferimenti nelle note successive a *Il tipo contrattuale* sono però da intendersi all'opera monografica). A proporre l'oggetto quale elemento identificativo dei tipi contrattuali erano stati ALLARA, *La vendita*, Torino, 1946-47, 34 e, nel vigore del codice precedente, BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, 1915, 539 ss..

¹⁰ Spiega in questi termini la mutazione della causa in prestazione caratteristica DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 61-62.

¹¹ Così, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 84. Negli stessi termini, SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, 802.

Con l'avvento della legislazione di matrice comunitaria, il tipo contrattuale ed il problema della individuazione degli elementi qualificanti, come *trait d'union* tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, vengono superati e riferiti alla *categoria* contrattuale.

Brevemente, le direttive in materia privatistica, soprattutto sul versante consumeristico, non portano rispetto all'elenco dei tipi contrattuali previsto dal titolo terzo del codice civile, cioè non trattano della vendita, della locazione, dell'appalto, del mandato, *et cetera*, conclusi da persone fisiche per scopi estranei alla propria attività professionale, né, tanto meno, forgiavano nuovi schemi da aggiungere all'elenco domestico. Privilegiano invece il riferimento a modalità di negoziazione o a contenuti complessi: tra gli altri, il contratto negoziato fuori dai locali commerciali; il contratto a distanza; il contratto telematico; il contratto relativo a fattispecie di multiproprietà; il contratto relativo a prodotti per le vacanze a lungo termine. Oppure scelgono una «categoria di contratti»¹²: l'art. 128, comma primo, del Codice del consumo, nell'esordire con le norme di origine europea dedicate alla *vendita* di beni di consumo, ne chiarisce immediatamente il campo di applicazione: non solo il tipo «vendita», ma altresì «*i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o da produrre*»¹³.

Il punto di caduta delle discipline corrispondenti alle figure evocate poggia su fattispecie astratte delimitate sia dalle caratteristiche soggettive dei contraenti, sia dalle peculiarità dell'oggetto o del contenuto, sia, come è stato detto, dalle circostanze delle trattative, tutte però individuate e selezionate dal legislatore in maniera trasversale rispetto ai tipi contrattuali potenzialmente rilevanti.

L'opera di qualificazione demandata all'interprete, questa volta rispetto alle categorie contrattuali di ascendenza comunitaria, squalifica provvisoriamente il tipo, il quale viene ad assumere un ruolo di secondo piano, divenendo utile solo laddove le norme dedicate alla categoria trans-tipica, cui il tipo rilevante appartiene, non do-

¹² DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in AA. Vv., *I cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, Milano, 1993, 230, descrive con simili riferimenti il livello di incidenza della disciplina di origine comunitaria in ambito contrattuale. Tale livello verrebbe a collocarsi su di un gradino «intermedio tra la disciplina del contratto in generale e la disciplina dei singoli contratti».

¹³ A questo proposito, ancora DE NOVA, *La recezione della Direttiva sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 759, constata «che ai fini della direttiva sono contratti di «vendita» anche il contratto di appalto e il contratto d'opera»; ciò in ragione della circostanza secondo la quale «non è il tipo contrattuale il livello di intervento, bensì il gruppo di contratti, la famiglia (non nucleare) di contratti». Inoltre, FOLLIERI, «Contratti di vendita» e *garanzia legale*, in AA. Vv., *L'attuazione della Direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente dei beni di consumo*, Padova, 2002, 191, considera indispensabile, allo scopo di fissare il significato dell'espressione «*vendita dei beni di consumo*», di cui al capo I del titolo III del Codice del consumo, «l'analisi relativa ai contratti che, oltre alla compravendita e alle sue varie forme, sono da ricomprendere sotto la neosintesi verbale «*contratti di vendita*»».

vessero disciplinare il profilo specifico oggetto di contestazione tra le parti, ed allora dovesse farsi ricorso, in via per così dire suppletiva, alle norme dedicate a quel tipo¹⁴. Il che, invero, avviene con una certa frequenza¹⁵.

Su un terzo versante, oltre ai tipi tradizionali e alle categorie, negli ultimi anni hanno assunto importanza crescente, ai fini della individuazione ed applicazione di discipline speciali, i contratti stipulati e destinati ad essere eseguiti nei settori regolati. Si constata che «la trasformazione del ruolo regolativo dello Stato, i processi di privatizzazione e liberalizzazione ad esso connessi, hanno infatti contribuito alla creazione di un corpo importante di diritto dei contratti disegnato in relazione a ciascun *mercato regolato*»¹⁶.

I settori dell'energia, delle telecomunicazioni, del credito e della finanza – solo per citare alcuni ambiti caratterizzati da pervasivi interventi regolatori – enucleano altrettanti *raggruppamenti* di contratti, delimitati dalla appartenenza delle parti e/o delle prestazioni al contesto settoriale di riferimento. In via speculare, questi rag-

¹⁴ Il carattere frammentario e non autosufficiente del diritto europeo in tema di contratto è universalmente riconosciuto, a far tempo da MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa*, Roma, 1993, 4, che definisce «frastagliato» il modo di procedere del legislatore comunitario. I contrasti aperti in dottrina, in un dibattito oggi forse passato di moda, concernono piuttosto il significato da attribuirsi a tale indiscussa frammentarietà. Ad opinione di alcuni, «le discipline dei contratti stipulati dai consumatori (...) si devono a pieno titolo integrare nella parte generale del contratto», nel senso che, indipendentemente dalla loro collocazione topografica, introducono «un nuovo nucleo di regole e di principi generali»: così, SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 790-791; ma nello stesso senso v. anche BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, 1999, 799 ss.; NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, *ivi*, 830 ss.; LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 7 ss. Secondo altri, invece, «il nuovo diritto europeo dei contratti (...) è un diritto funzionale a specifici scopi, incapace di proporsi come concezione generale»: così, GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 24. «Da che – spiega l'Autore – la sensazione che l'intervento normativo europeo, benché certamente capace di innovare i sistemi nazionali, dipenda tuttavia da essi quanto al proprio patrimonio concettuale».

¹⁵ Circa, ad esempio, i profili trascurati dalla disciplina della vendita di beni di consumo, secondo LUMINOSO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. BUONOCORE*, II, t. 3.1, Torino, 2004, 266 ss., «il criterio guida non può che essere quello che impone di applicare (...) per gli "aspetti" non regolati le disposizioni di diritto interno in quanto compatibili» con tale disciplina. «Devono perciò ritenersi applicabili in via diretta alle vendite dei beni di consumo le norme di cui agli artt. da 1470 a 1489 (...) e quelli di cui agli artt. da 1498 a 1536, concernendo essi aspetti diversi dalla garanzia per vizi e mancanza di qualità»; ed altresì gli artt. 1490, comma secondo, 1491, ultima parte, 1492, commi secondo e terzo, 1493, 1494 e 1496 c.c., in quanto «toccano profili di disciplina strettamente connessi con quelli presi in considerazione dai nuovi artt. 1519 *ter* e *quater* [ora gli artt. 129 e 130 del Codice del consumo]». A conferma di questo assunto, peraltro, l'art. 135, comma secondo, del Codice del consumo dispone l'applicazione residuale de «le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita», sancendo «espressamente (...) che la disciplina della vendita dei beni di consumo di cui agli articoli 128/134 non esclude l'applicazione delle norme di parte generale sulla vendita» (così, DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» del consumo*, in *Contr.*, 2006, 391).

¹⁶ Così, CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 95 ss..

gruppiamenti attraggono una disciplina definita dai singoli mercati e affidata alla normativa di settore: «i.e. un diritto dei contratti bancari definito dal mercato del credito, dei contratti dell'energia definito dal corrispondente mercato e così via»¹⁷.

Qui, l'operazione di qualificazione, intesa nei termini di abbinamento tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, ora rappresentata dal *raggruppamento* di stampo merceologico (in alternativa al tipo e alla categoria), si affida ad un meccanismo pressoché automatico, garantito dalla possibilità di riscontrare immediatamente, nella fattispecie concreta, i profili soggettivi e oggettivi di pertinenza di ciascun settore.

Per contro, la qualificazione tradizionale, rispetto al tipo contrattuale, rischia di essere percepita come un "non-problema". Da un lato, si dice, la normativa primaria e secondaria che presidia i contratti dei *raggruppamenti* evocati è talmente analitica e dettagliata, e per di più di prevalente tenore imperativo, che non serve attingere alla disciplina dei tipi toccati da ciascun *raggruppamento*. Dall'altro lato, anche nell'ipotesi in cui si dovesse presentare la necessità di recuperare qualche istituto civilistico di parte speciale, la stragrande maggioranza degli accordi conclusi in questi settori verrebbe immediatamente ed intuitivamente ricondotta ai tipi "vendita" o "somministrazione" o, al massimo, "appalto di servizi", senza che occorra investire in indagini circa ricorrenti deviazioni dai noti modelli proposti dal codice civile.

L'ambizione di autosufficienza del *raggruppamento* rispetto al tipo contrattuale – da cui invece ancora dipende la categoria, fattispecie astratta che presidia una disciplina non autosufficiente – presuppone una chiara e rigorosa distinzione tra i vari ambiti, al fine di consentire una piana applicazione delle corrispondenti norme.

Simile presupposto non è però sempre integrato, tant'è che si possono facilmente rinvenire ipotesi in cui la *riconduzione*¹⁸ di uno specifico contratto ad uno, od altro, *raggruppamento* non è affatto operazione automatica ed intuitiva, ma sconta la ricostruzione della *ratio* della disciplina a quel *raggruppamento* dedicata e passa attraverso l'analisi, anche, delle figure tipiche comprese nel *raggruppamento* stesso.

L'esempio più significativo in tal senso concerne la demarcazione tra il *raggruppamento* dei contratti finanziari e il *raggruppamento* dei contratti dell'energia.

3. Il confine, la linea di demarcazione tra il *raggruppamento* dei contratti finanziari e il *raggruppamento* dei contratti energetici, suggerita dai rispettivi aggettivi, potrebbe essere affidata all'*oggetto* dei contratti che in seno agli omonimi mercati si

¹⁷ Ancora, CAFAGGI, *op. ult. cit.*, 98.

¹⁸ Con riferimento al *raggruppamento* contrattuale, nell'ambito dell'alternativa varata dai fautori del metodo tipologico, si preferisce parlare di riconduzione, anziché di sussunzione, in quanto i confini del *raggruppamento* sono certamente più labili e mobili rispetto alla definizione dei contratti nominati. In proposito, si rinvia alla distinzione tracciata da DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 127, nell'ottica della contrapposizione fra tipo e concetto, ai sensi della quale «mentre al concetto si ataglia il processo di sussunzione, al tipo si confà un processo di riconduzione».

negozano, si concludono, indi si regolano (*rectius*, si eseguono); in definitiva, ad un elemento di autonomia.

Con logica manichea, se l'oggetto della compravendita o, *lato sensu*, dello scambio, è di carattere finanziario, ecco allora che troverà applicazione una serie di regole specifiche, piegate a peculiari esigenze ed obiettivi, quali «*aumentare la trasparenza, tutelare meglio gli investitori, rafforzare la fiducia, (...) assicurare che le autorità di vigilanza dispongano di poteri adeguati per svolgere i loro compiti*»¹⁹. Se, invece, il contratto di volta in volta interessato è ad oggetto energetico, altre esigenze e altre regole verranno in rilievo.

Simile criterio non trova però riscontro nel dettato normativo, sia domestico sia europeo, ove i contratti, le relative criticità e i rimedi nominalmente imputati al *raggruppamento* finanziario si sovrappongono a quelli destinati al *raggruppamento* energetico. In particolare, dal punto di vista oggettivo, la direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014 (cosiddetta MiFID II, di prossima attuazione), come del resto, ancor prima, la MiFID I²⁰, abbraccia nella definizione di strumenti finanziari, secondo l'elenco di cui all'allegato 1, sezione C, entità con substrato potenzialmente energetico, e segnatamente gli strumenti derivati su merci di cui ai numeri 5, 6 e 7, nonché (novità, questa, della MiFID II) le quote di emissione di cui al numero 11²¹: derivati, cioè, aventi come sottostante una *commodity* energetica²²; tuttavia considerati sotto il profilo della prevalente caratterizzazione finanziaria della struttura.

In alternativa all'oggetto, un altro criterio, certamente più rispettoso del dato normativo, utile a distinguere i contratti del *raggruppamento* energetico da quelli del *raggruppamento* finanziario, e viceversa, potrebbe far leva sulla *causa*, già eletta a suo tempo quale possibile elemento distintivo, con valenza universale, tra i tipi.

Il legislatore comunitario affida l'individuazione degli strumenti finanziari energetici, come tali capaci di attrarre l'applicazione della pervasiva disciplina dedicata agli strumenti finanziari *tout court* – e, *in primis*, del principio della riserva di attività²³ –, al concreto e puntuale riscontro, all'interno del regolamento contrattuale, di

¹⁹ Si tratta delle esigenze declinate nel *considerando* n. 4 della direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014, meglio nota come MiFID II.

²⁰ La direttiva 2004/39/CE del 21 aprile 2014, conosciuta anche come direttiva MiFID (ove MiFID è acronimo di *Markets in Financial Instruments Directive*), a breve segnerà il passo alla MiFID II, la cui entrata in vigore, in origine prevista nel 2017, è stata rinviata al 3 gennaio 2018. L'elenco degli strumenti finanziari tracciato in senso tassativo dall'allegato 1, sezione C, della prima MiFID (MiFID I), si trova trasposto nell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, per l'appunto contenente la definizione di strumenti finanziari.

²¹ Per una disamina più approfondita del nuovo elenco definitorio degli strumenti finanziari, si rinvia a PAROLA, MICCOLI, *Direttiva MIFID II: i nuovi confini tra prodotti energetici all'ingrosso, derivati su merci e strumenti finanziari e impatto sugli operatori*, in *Dir. commercio internaz.*, 2015, 565 ss..

²² Ai sensi del Regolamento CE n. 1287/2006, di attuazione della MiFID I, il termine "*commodity*" è definito esplicitamente come «*qualsiasi bene di natura fungibile che possa essere consegnato, compresi (...) l'energia*».

²³ Brevemente, il principio della riserva abbraccia l'esercizio in via professionale e nei confronti del pubblico dei servizi e attività di investimento, come oggi definiti al comma 5 dell'articolo 1 del decreto legislativo 24

elementi che consentono di escludere ragionevolmente l'impronta commerciale della transazione.

Infatti, l'allegato 1, sezione C, della MiFID II, attraverso una presunzione *iuris et de iure*, esclude possano avere scopo commerciale, ossia finalità di fornitura e di approvvigionamento di energia, e quindi include nel novero degli strumenti finanziari, i contratti derivati²⁴ che:

1. (numero 5) debbono (oppure possano, a discrezione di una delle parti) essere eseguiti per differenziale in contanti; il regolamento in contanti, tramite il saldo delle differenze positive o negative, in luogo della consegna fisica della *commodity*, è considerato inequivocabile indice di finanziarietà della fattispecie²⁵;
2. (numero 6), nonostante che prevedano la consegna fisica quale possibile modalità di esecuzione, contemplan tuttavia altri, altrettanto insuperabili, elementi di finanziarietà: l'essere negoziati su un mercato regolamentato, un sistema multilaterale di negoziazione (MTF)²⁶ o un sistema organizzato di negoziazione (OTF)²⁷; con esclusione – questo rilievo interesserà tra breve – dei prodotti energetici all'ingrosso negoziati in un sistema organizzato di negoziazione che devono essere regolati con consegna fisica;
3. (numero 7, derivati *over the counter*) con una formula residuale, possono essere eseguiti per il tramite della consegna fisica; e questo elemento di finan-

febbraio 1998, n. 58, «quando hanno per oggetto strumenti finanziari».

²⁴ Una precisazione: in seno all'elenco degli strumenti finanziari fornito dalle direttive MiFID risultano sia beni, che a loro volta saranno l'oggetto del contratto di scambio stipulato sul mercato finanziario prescelto (come i valori mobiliari; gli strumenti del mercato monetario; le quote di OICR), sia, direttamente, contratti, ossia gli strumenti finanziari derivati. Scambiare un derivato significa disporre di una delle posizioni che compongono la struttura del contratto, corta o lunga.

²⁵ A questo proposito, l'IDEX (*Italian Derivatives Energy Exchange*), ossia il segmento del Mercato Italiano dei Derivati (IDEM) gestito da Borsa Italiana S.p.A. dedicato ai derivati aventi come sottostante *commodity* energetiche, prevede che gli strumenti ivi negoziati vengano regolati solo per contanti (*cash settlement*), escludendo a priori la consegna fisica (*delivery*). Ciò, «per favorire la partecipazione di operatori finanziari puri agli scambi e quindi creare le premesse affinché il mercato abbia sufficiente liquidità» (così, la scheda di presentazione di questo mercato, autenticamente finanziario seppur ad oggetto energetico, consultabile sul sito *web* di Borsa Italiana S.p.A.).

²⁶ Le *Multilateral Trading Facilities* (MTF), ai sensi dell'articolo 77 *bis* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, sono circuiti di negoziazione, gestiti da soggetti privati, che permettono l'acquisto e la vendita di strumenti finanziari già quotati presso altre sedi. Analogamente ai mercati regolamentati, le MTF svolgono funzioni di organizzazione degli scambi, ma, contrariamente a questi ultimi, non possono decretare l'ammissione alle negoziazioni dei titoli oggetto di scambio e sono soggetti a regole e procedure di autorizzazione all'operatività in parte diverse da quelle previste per i mercati regolamentati.

²⁷ Il sistema organizzato di negoziazione, altrimenti detto *Organized Trading Facility* (OTF), rappresenta una nuova *trading venue*, ulteriore rispetto ai mercati regolamentati e alle MTF di cui già alla MiFID I. Vi rientrano, ad esempio, le piattaforme istituite dai *broker* per lo scambio di strumenti finanziari *non-equity*, prima sottratte alla disciplina in materia di esercizio professionale nei confronti del pubblico di servizi e attività di investimento.

ziarietà è previsto per i derivati che «non abbiano scopi commerciali, aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati».

Circa l'integrazione dello scopo commerciale, da intendersi contrapposto ed escludente lo scopo finanziario, il *Final Report* pubblicato dalla *European Securities and Markets Authority* (ESMA) in data 19 dicembre 2014²⁸ presuppone non tanto una indagine soggettiva sui motivi della transazione, ma, ancora una volta, (in negativo) la tracciabilità di specifici indici nel regolamento contrattuale. Tali indici infatti debbono riscontrarsi congiuntamente affinché lo scopo commerciale sia escluso. Si tratta: della circostanza che il derivato non sia un contratto *spot*; della negoziazione su di un mercato regolamentato, una MTF o una OTF; del ricorso ad un meccanismo di compensazione tramite una stanza di compensazione ovvero del richiamo ai margini; della standardizzazione del derivato medesimo²⁹.

In sintesi, la distinzione tra il *raggruppamento* dei contratti energetici ed il *raggruppamento* dei contratti finanziari, finalizzata ad individuare il campo di applicazione della rispettiva regolamentazione, passa attraverso il concetto – quasi una riedizione dell'idea di causa come elemento distintivo tra i tipi – che solo i contratti aventi autentica, esclusiva o largamente prevalente, funzione commerciale vi si possano sottrarre. Al contrario, una dose, anche non preponderante, di indici di finanziarietà attrae la fattispecie nell'ambito della MiFID II.

La disciplina MiFID II, secondo il linguaggio del legislatore comunitario, si applicherebbe di *default* ai contratti derivati energetici, poiché (*considerando* n. 8), «è opportuno includere nell'elenco degli strumenti finanziari i derivati su merci e altri derivati costituiti e negoziati in modo tale da richiedere un approccio di regolamentazione comparabile a quello degli strumenti finanziari tradizionali». Più specificatamente (*considerando* n. 9), «tra gli strumenti finanziari (...) *figureranno i contratti energetici soggetti a regolamento fisico e scambiati nell'ambito di sistemi organizzati di negoziazione, ad eccezione di quelli già disciplinati dal regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio*», noto come REMIT³⁰.

²⁸ Il *Final Report* 2014 ESMA, che ha l'obiettivo di fornire indicazioni tecniche alla Commissione europea ai fini dell'attuazione della MiFID II, impiega una formula definitoria analoga a quanto oggi previsto dall'articolo 38 del Regolamento CE n. 1287/2006, di attuazione della MiFID I.

²⁹ Ai sensi del *Final Report* 2014 ESMA, non rientrano in ogni caso nel perimetro del punto C7 i contratti conclusi con, o da, un operatore o un amministratore di una rete di trasmissione energetica, di un sistema di bilanciamento o di una rete di condotte per il trasporto, a condizione che tali contratti siano necessari ai fini di bilanciamento tra domanda e fornitura di energia in un dato momento.

³⁰ A questo proposito, l'epigrafe del testo della MiFID II, nel preannunciare l'eccezione relativa ai contratti energetici già soggetti al REMIT, non trova esatta corrispondenza in sede di elencazione delle varie tipologie di strumenti finanziari (allegato 1 alla MiFID II, sezione C, numero 6): come si è detto, i prodotti energetici all'ingrosso sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva non in quanto tali, ma solo se rispettano due condizioni, ossia l'essere organizzati in una OTF e l'essere necessariamente regolati con consegna fisica. Pertanto, vi potrebbero essere prodotti energetici all'ingrosso rientranti nella definizione di strumento finanziario, perché privi dell'uno o dell'altro o di entrambi i requisiti, e quindi potenziali destinatari di en-

D'altra parte, il REMIT, che coglie le esigenze di integrità e trasparenza del mercato energetico all'ingrosso, abbraccia per l'appunto i prodotti energetici all'ingrosso, parzialmente sottratti alla MiFID II in ragione del loro autentico scopo commerciale e, ad ogni modo, in funzione del fatto che gli abusi e le altre distorsioni sono curate da una normativa concorrente e parallela. Per «*prodotti energetici all'ingrosso*» si intendono, ai sensi dell'articolo 2, numero 4, del REMIT, «*indipendentemente dal luogo e dalla modalità di negoziazione*»: (i) contratti per la fornitura di elettricità o di gas, con consegna (fisica) entro l'Unione Europea; (ii) derivati aventi quale sottostante energia elettrica o gas, «*commercializzati o consegnati nell'Unione*», fatto salvo – occorre aggiungere – quanto sarà disposto dalla MiFID II in relazione ai derivati energetici; (iii) i contratti di trasporto di elettricità o di gas dell'Unione Europea; (iv) i derivati relativi a detto trasporto, fatto salvo ancora una volta quanto sarà previsto dalla MiFID II, una volta entrata in vigore.

4. Dunque, in virtù dell'assetto normativo corrente o di prossima attuazione, il processo di finanziarizzazione del *trading* energetico³¹ si evolve e si completa in questo rapporto di regola/eccezione, nel senso che è, o sarà, possibile sottrarsi al rigore della disciplina in materia di esercizio professionale nei confronti del pubblico di servizi e di attività di investimento (e in particolare alla riserva di attività) soltanto in funzione di esigenze commerciali effettive, esigenze presidiate comunque da altra disciplina che tiene conto del rischio di abusi e distorsioni. L'oggetto "energetico" del contratto, di per sé, non giustifica alcuna eccezione od esenzione.

Una volta appurato il confine tra le fattispecie astratte, poli di attrazione di distinti regimi normativi, ci si avvede della diversa impostazione adottata dalla legislazione europea in relazione alla disciplina del *raggruppamento* dei contratti finanziari rispetto alla disciplina dedicata al *raggruppamento* dei contratti energetici.

Quanto al primo *raggruppamento*, la MiFID II, similmente alla MiFID I, ha quale fulcro, o almeno come nucleo rilevante, le «*disposizioni volte a garantire la protezione degli investitori*» (sezione II, articoli 24 – 30). In tali disposizioni, sono condensate le regole generali di condotta prescritte alle imprese di investimento, con particolare riferimento agli obblighi informativi, e le regole cosiddette caratteristiche, ossia parametricate alla natura del servizio o dell'attività di investimento offerti³².

trambe le discipline di cui, rispettivamente alla MiFID II e al REMIT, con evidente *surplus* di regolazione e ridondanti adempimenti a carico dell'intermediario od operatore energetico che ne tratta.

³¹ Tale processo di finanziarizzazione dei mercati energetici è stato individuato e storicamente collocato ben prima dell'emanazione della MiFID I e della MiFID II, da FALCIONE, *I contratti finanziari del trading nei mercati energetici*, in E. GABRIELLI, LENER, *I contratti del mercato finanziario*, 2, cit., 1449.

³² Come è noto, l'impianto sistematico delle regole di condotta degli intermediari finanziari si basa sulla distinzione tra regole generali, a cui l'intermediario è soggetto a prescindere dalla natura del servizio prestatato, e regole caratterizzanti, cioè riferite ad alcuni soltanto dei servizi e delle attività di investimento. Si veda, per tutti, G. SCOGNAMIGLIO, *Sulle regole di condotta degli intermediari finanziari (regole di condotta e regole di*

Il rapporto – contrattuale – a valle tra impresa di investimento autorizzata e singolo investitore o cliente riveste una importanza fondamentale alla luce del principio per cui l'accesso ai mercati finanziari, ove i suddetti servizi e attività si erogano e si eseguono, è riservato soltanto a determinati soggetti in possesso di stringenti requisiti. Va da sé che la protezione dell'investitore o cliente dipende soprattutto dalle modalità di negoziazione e dai contenuti dell'incarico preliminarmente conferito all'intermediario, essendo egli poi tutelato – a monte, o, per così dire, nella fase di mercato “all'ingrosso” – dalla circostanza stessa che l'accesso ai mercati finanziari non è affatto libero e che dunque l'intermediario incaricato, come tale, opera in virtù di particolari caratteristiche pre-dimostrate e accertate, e in sede di autorizzazione e in sede di ammissione al singolo mercato.

Quanto al *raggruppamento* dei contratti energetici, la regolamentazione – ai sensi del REMIT – è invece centrata proprio sulla fase all'ingrosso: pur avendo quale finalità principale «*che i consumatori (...) possano nutrire fiducia nell'integrità dei mercati*» (considerando n. 1) e, in ultimo, il «*beneficio dei consumatori finali*» (considerando n. 2), si concentra su «*regole per vietare pratiche abusive capaci di influenzare i mercati dell'energia all'ingrosso, che siano coerenti con le regole di applicazione nei mercati finanziari*».

Rimane infatti espressamente escluso, salvo una giustificata eccezione³³, il segmento “al dettaglio”, *alias* B to C, poiché «*i contratti per la fornitura o la distribuzione di energia elettrica o di gas naturale destinati all'impiego da parte di clienti finali non costituiscono prodotti energetici all'ingrosso*» (articolo 2, numero 4, in calce). Nella logica del REMIT, infatti, «*i contratti al dettaglio riguardanti la fornitura di elettricità o di gas naturale ai clienti finali non sono soggetti a manipolazioni di mercato allo stesso modo dei contratti all'ingrosso, che sono facilmente soggetti a compravendita*» (considerando n. 9).

Dunque, la disciplina dei contratti energetici si occupa prevalentemente della negoziazione all'ingrosso, tra operatori professionisti, mentre, con una impostazione esattamente speculare, la disciplina dei contratti finanziari si concentra sugli accordi stipulati, “al dettaglio”, con il cliente-risparmiatore.

Viepiù, oltre il dato normativo, anche l'interesse dell'interprete ricalca il disegno del legislatore.

Con riferimento al *raggruppamento* dei contratti finanziari, la letteratura e la giurisprudenza sono infatti dedite al segmento al dettaglio, ossia all'esegesi, anche integrativa, delle regole di comportamento degli intermediari finanziari e alla definizione

organizzazione; clause generali e disposizioni particolari), in AA.Vv., *I servizi del mercato finanziario*, Milano, 2009, 95 ss.

³³ Sono infatti considerati prodotti energetici all'ingrosso, dunque soggetti al REMIT, i contratti di fornitura o distribuzione di elettricità o gas naturale destinati all'impiego da parte di clienti finali con capacità di consumo superiore a una determinata soglia (cfr. articolo 2, numero 4 in calce, del REMIT). Ciò, perché «*le decisioni di consumo dei maggiori utenti dell'energia possono anche influenzare i prezzi sui mercati dell'energia all'ingrosso*» (considerando n. 9).

ne delle sanzioni civilistiche in caso di violazione di dette regole³⁴. Circa il segmento all'ingrosso, e cioè alle dinamiche contrattuali che si instaurano in seno ai mercati finanziari per iniziativa degli intermediari, eventualmente in esecuzione di incarichi conferiti dal cosiddetto cliente finale, ci si limita a descrivere le dinamiche dei mercati stessi, soprattutto di quello borsistico, nella fedele e costante convinzione per cui «le peculiarità dei mercati mobiliari – e, attraverso questa filigrana, le peculiarità dei contratti che in questi mercati si stipulano – emergono dunque dall'indagine sulle loro regole di funzionamento»³⁵.

L'assenza di dibattito intorno alla disciplina del *raggruppamento* dei contratti finanziari qui definiti "all'ingrosso", ossia dei contratti stipulati in seno ai mercati per l'appunto finanziari, presume che tali contratti ricevano una disciplina *ad hoc* – quindi speciale e derogatoria rispetto a quanto stabilito dal codice civile – in ragione non dell'oggetto, ma del luogo in cui vengono negoziati e stipulati. Pertanto, a voler seguire il ragionamento, potrebbe essere sufficiente individuare le regole che presidiano ciascuno di questi luoghi; posto che vi sarebbero tanti statuti o discipline speciali quante le sedi di negoziazione individuate.

Con riferimento al *raggruppamento* dei contratti energetici, il cui studio è assai più recente, la tentazione di estendere la soluzione formulata in questi termini è forte, anche a motivo del citato rinvio, istituito proprio dal REMIT in relazione a «*i mercati dell'energia all'ingrosso*», a «*le regole di applicazione nei mercati finanziari*». Ma si rischia, come è stato anticipato, di rimanere imprigionati in una formula tautologica, appiattendosi così l'operazione di qualificazione, *rectius*, riconduzione, sulla classificazione del mercato.

Oltremodo, sempre a voler applicare tale soluzione, il *raggruppamento* dei contratti energetici muterebbe integralmente il suo regime da una fonte sì autonoma, ma di un'autonomia esercitata da soggetti diversi rispetto alle parti, ossia dal regolamento del mercato di riferimento, preso e studiato come tale.

Si trascura invece la circostanza che il *raggruppamento*, sia esso finanziario od energetico, per quanto inclusivo di contratti ampiamente regolamentati e ammini-

³⁴ Per una chiara, ancorché datata, disamina delle principali questioni si rinvia a M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e le responsabilità di Banche e Consob*, Milano, 2009, in part. 30 ss..

³⁵ Così, NATOLI, *I contratti di borsa*, in GITTI, MAUGERI, NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, II, Bologna, 2012, 376, che riporta l'indicazione metodologica di SERRA, *Contratti di borsa. I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 2 ss..

Simile assunto (e, di conseguenza, l'approccio allo studio dei contratti nei mercati finanziari) non è mutato neppure dinnanzi al moltiplicarsi delle sedi di negoziazione – fenomeno già sancito dalla MiFID I con la codificazione delle *trading venues* alternative, acuito dalla MiFID II con l'introduzione del concetto di OTF – e dalla rilevanza, anche per il regolatore, delle contrattazioni *over the counter* (OTC) (cfr. in proposito il Regolamento (UE) n. 648/2012 sugli strumenti derivati OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni). Di più: oggi, a fronte di una scelta legislativa poco coerente, l'elenco degli strumenti finanziari di cui all'allegato 1, sezione C, della MiFID II, comprende esplicitamente anche i derivati *forward* (lettera C6), che per definizione, oltre a non essere standardizzati, vengono negoziati *over the counter*.

strati, non può prescindere da componenti di autentica autonomia – e precisamente di un'autonomia esercitata dalle rispettive parti –, quali, ad esempio, la decisione dell'operatore di immettere un ordine e la formulazione dello stesso, che introducono variabili in seno al mercato prescelto. A loro volta, simili variabili, dipendenti dalle manifestazioni di autonomia *di parte*, configurano altrettanti rischi circa la sorte dei contratti stessi.

5. A fronte delle divergenze funzionali che selezionano i contratti autenticamente energetici dai contratti finanziari, nella consapevolezza della quasi perfetta specularità dell'impostazione adottata dai nuclei di normativa agli uni e agli altri dedicati, si esclude che lo studio dei *raggruppamenti* dei contratti energetici, così come dei contratti finanziari, possa limitarsi ad una esposizione ragionata delle regole che presidiano i relativi mercati.

Occorre affrontare un livello ulteriore di analisi, verificando l'estensione delle iniziative riservate alle parti nell'ambito di queste regole, i corrispondenti rischi ed infine le modalità di loro contenimento, se non di neutralizzazione, previste dalla disciplina del mercato di volta in volta considerato, ossia, in altre parole, l'apparato rimediale a disposizione di coloro che frequentano i mercati³⁶.

Si badi bene: i rischi paventati qualche riga sopra non consistono soltanto nel cosiddetto rischio di controparte, tradizionalmente curato attraverso il meccanismo compensativo della *clearing house*³⁷. Altre criticità o patologie possono minare un contratto di scambio, avente ad oggetto strumenti finanziari ovvero prodotti energetici, almeno tante quante sono le ipotesi di invalidità o inefficacia, originarie o sopravvenute, contemplate dal diritto contrattuale comune.

Si possono allora individuare e classificare tre ordini di rischi:

- a. il rischio della mancata conclusione del contratto (cosiddetto rischio dell'*an*), a presidio della certezza dell'esito della negoziazione e della liquidità degli strumenti finanziari o dei prodotti energetici che ne sono oggetto;
- b. il rischio di anomalie originarie: nullità e annullabilità;
- c. il rischio di anomalie funzionali: risoluzione.

La sicurezza, e quindi il successo, di ogni sistema di scambio organizzato dipendono dunque dai peculiari rimedi e soluzioni previsti, a fronte di tali, molteplici, rischi, dal regolamento vigente nel corrispondente luogo di negoziazione.

³⁶ Del resto, l'esistenza di qualsiasi sistema di scambio organizzato, anche non borsistico o diverso dai mercati regolamentati, si giustifica a fronte del grado di sicurezza del circuito, che deve essere tale da offrire maggiori garanzie di esecuzione e di liquidabilità dell'investimento rispetto allo scenario di una negoziazione all'esterno, ossia *over the counter*.

³⁷ Secondo la definizione fornita dal glossario consultabile sul sito di Borsa Italiana S.p.A., per *clearing house* si intende un «organo di mercato che è controparte automatica e speculare (venditrice nei confronti dell'acquirente originario e acquirente nei confronti del venditore originario) di tutti i contratti stipulati in un mercato, al fine di limitare il rischio di inadempimento delle transazioni».

6. Idealmente, per ciascuno dei sistemi di scambio organizzato esistenti – il cui regolamento, come si è detto, configura di per sé una disciplina contrattuale speciale – si potrebbe condurre una prova di resistenza del contratto in seno ad esso concluso rispetto alle ipotesi di rischio testé paventate. In altre parole, si potrebbe ipotizzare un contratto afflitto da vizi e difetti che, nell'area del diritto comune, cioè *over the counter*, farebbero scattare le varie sanzioni (civilistiche) di invalidità e/o inefficacia; quindi, si potrebbe verificare se e come simili vizi e difetti vengano prevenuti o trattati alla luce dello statuto di mercato ivi vigente.

L'esercizio è non solo possibile, ma anche fondamentale, con riferimento al *raggruppamento* dei contratti energetici all'ingrosso, che, secondo quanto abbiamo sostenuto in precedenza e in misura inversamente proporzionale rispetto a quanto avviene per il *raggruppamento* dei contratti finanziari, il legislatore percepisce intrinsecamente un livello di rischio maggiore rispetto ai contratti con il consumatore finale.

Si sceglie, per evidente necessità di sintesi, di scandagliare con quest'ottica la disciplina del mercato del gas naturale; ma la prova di resistenza è parimenti possibile e consigliata alla luce della disciplina del mercato elettrico.

Una nota preliminare: la disciplina del mercato del gas naturale, nonostante che sia stata «*approvata con Decreto del Ministro dello Sviluppo Economico del 6 marzo 2013*», presenta a tutti gli effetti natura di atto negoziale di diritto privato; precisamente costituisce, come del resto i regolamenti dei mercati finanziari, un atto unilaterale contenente condizioni generali di contratto, finalizzato a regolare tutte le relazioni tra operatori e gestore del mercato stesso³⁸.

In linea con tale qualificazione, il singolo operatore, che intende partecipare al mercato del gas naturale, non solo deve presentare una «*domanda di ammissione*», ma, contestualmente alla presentazione di detta domanda, è pure tenuto a sottoscrivere con il Gestore dei Mercati Energetici S.p.A. (GME) un «*contratto di adesione*» al mercato, che ha per oggetto la definizione dei diritti e degli obblighi del «*Contrattante*», ossia dell'operatore in questione, nei confronti del GME e «*le condizioni alle quali il GME si impegna a prestare i servizi relativi alle negoziazioni sul Mercato*»³⁹.

Una volta puntualizzata la natura della disciplina del mercato del gas naturale, si passano in rassegna i tre livelli di rischio contrattuale enucleati poco sopra.

³⁸ Già in precedenza si è dato conto della inequivocabile qualificazione del regolamento di mercato in termini privatistici. Si veda, in aggiunta, E. GABRIELLI, LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento*, in E. GABRIELLI, *Contratto e contratti: scritti*, Torino, 2011, 274.

³⁹ La locuzione «*contratto di adesione*» reca un ossimoro, dal momento che l'adesione consiste, di per sé, in una dichiarazione unilaterale di volontà, quella del soggetto aderente ovviamente. Il GME, in qualità di regolatore e gestore del mercato del gas naturale, ha voluto rafforzare il rapporto derivante dall'adesione al regolamento, nella veste di condizioni generali di contratto, con il requisito di una pattuizione bilaterale, eguale nei contenuti ma formalmente distinta per ciascun operatore. Ad ogni modo, in calce al formulario contrattuale di cui all'allegato B della disciplina del mercato del gas naturale, viene richiesto all'operatore/Contrattante di approvare specificatamente alcune clausole di questo contratto di adesione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 c.c., i quali, come è noto, si applicano in caso di condizioni generali di contratto.

(a) Quanto al rischio dell'*an*, come è stato definito, la disciplina in esame mira a garantire che l'offerta presentata dal singolo operatore, in guisa di proposta, trovi una corrispondente ma speculare offerta, presentata da altro operatore, in guisa di accettazione. Ci si limita, in proposito, a richiamare con intento esemplificativo l'articolato meccanismo di abbinamento automatico delle offerte per il mercato del gas a pronti (MP-GAS), in modalità di negoziazione continua, di cui all'articolo 30 della disciplina. Tale meccanismo, peraltro, alla luce della formulazione della singola offerta (cfr. il precedente articolo 28.6), consente un abbinamento e quindi una «*esecuzione parziale*» di tale offerta (cfr. articolo 30.5), configurando una sorta di consenso anticipato del creditore all'adempimento parziale in luogo dell'eventuale possibilità di rifiuto prevista dall'art.1181 c.c..

Alla prevenzione del rischio dell'*an* sono poi funzionali tutte quelle misure che mirano a garantire la correttezza e la completezza, dal punto di vista formale e sostanziale, delle offerte presentate. La dinamica negoziale del mercato del gas naturale è in linea con il procedimento essenziale dell'art. 1326 c.c., anche se la dichiarazione di offerta non è indirizzata ad uno specifico oblatore (in ipotesi, ma la qualificazione è sterile, sopperendo *in toto* il regolamento del mercato nel ruolo di disciplina speciale, potrebbero ravvisarsi gli estremi di una offerta al pubblico ex articolo 1336 c.c.). L'offerta, per essere abbinata ad altra offerta, deve «*corrispondere*» a quest'ultima e, ancor prima, deve contenere «*gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta*».

A simile esigenza sopperiscono i requisiti minimi di forma-contenuto dell'offerta previsti – prendendo ancora una volta ad esempio il segmento del mercato a pronti – dall'articolo 28.1 della disciplina in commento, che prescrive «*l'indicazione, almeno, delle seguenti informazioni*», tra cui «*la tipologia dell'offerta (acquisto/vendita)*», la quantità e il prezzo unitario relativo alla quantità offerta. Con la precisazione che la mancanza di indicazione di prezzo, lungi dal provocare l'inammissibilità dell'offerta, fa scattare una soluzione di integrazione automatica, poiché il prezzo «*si considera uguale a quello delle migliori proposte di segno opposto presenti sul book [di negoziazione] fino a capienza dell'offerta stessa*» (articolo 29.2).

(b) Il rischio che il contratto di compravendita di gas naturale, stipulato sul relativo mercato grazie ai sistemi e criteri di abbinamento di offerte compatibili di segno opposto, presenti vizi cosiddetti genetici è scongiurato attraverso diversi espedienti, per la verità ricorrenti anche nei regolamenti dei mercati finanziari.

Segnatamente, il rischio che detto contratto possa sorgere nullo per l'illiceità di qualche suo elemento o per contrarietà alle norme imperative pare di improbabile integrazione: l'oggetto (il gas); la causa (di scambio o, se si vuole approfondire, di approvvigionamento, alla luce dello scopo commerciale che funge da criterio discrezionale ai sensi delle direttive MiFID); lo svolgersi della negoziazione nell'ambito di regole conformi alla legge e comunque approvate *ad hoc* dall'organo delegato dell'esecutivo escludono a priori il verificarsi di simili cause di nullità. Anche la nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto viene curata preventivamen-

te attraverso l'imposizione di requisiti minimi di forma-contenuto delle offerte, come già si è ricordato.

Occorre, invece, dedicare qualche riflessione in più al rischio di annullabilità del contratto. Quanto all'annullamento del contratto a causa di incapacità di agire, legale o naturale, di uno dei contraenti, non pare azzardato qualificare il principale fra i requisiti di ammissione al mercato del gas naturale, di cui all'articolo 12.1 della relativa disciplina, e cioè il possesso «di adeguata professionalità e competenza nell'utilizzo dei sistemi telematici e dei sistemi di sicurezza ad essi relativi»⁴⁰ nei termini di una sorta di capacità minima di intendere nell'adoperare i *software* e le strutture dedicati al funzionamento del mercato in questione⁴¹.

Riguardo poi ai tradizionali vizi della volontà, le modalità di conclusione di contratti, peraltro aventi ad oggetto un bene fungibile come il gas naturale, sterilizzano i rischi legati alla sussistenza di ipotesi di dolo e violenza. L'operatore che immette un'offerta nel sistema non conosce mai la sua controparte, poiché lo scambio avviene in forma anonima, per il tramite del meccanismo di abbinamento dettagliato dalla disciplina del relativo mercato. Questa modalità anonima di trattativa e conclusione del contratto ovviamente esclude qualsivoglia possibilità di ingannare oppure minacciare l'altra parte, così come, unitamente alla considerazione della assoluta fungibilità dell'oggetto, esclude – ripercorrendo la lista di cui all'art. 1429 c.c. – errori essenziali sulla natura (necessariamente di scambio) e per l'appunto sull'oggetto del contratto; sulla identità o qualità dell'oggetto medesimo; sull'identità o qualità della persona dell'altro contraente⁴².

Resta in piedi soltanto il rischio del verificarsi di un errore sulla quantità o, per meglio dire, di un errore di calcolo non rettificabile che possa sfociare in un errore sulla quantità determinante del consenso dell'operatore, a norma dell'art. 1430 c.c.. Di ciò tiene adeguatamente conto la disciplina in commento, al capo III, rubricato «gestione errori»⁴³, predisponendo una procedura per la «cancellazione» dei contratti

⁴⁰ Si tratta dell'unico requisito di ammissione al mercato del gas naturale formulato in positivo; gli altri infatti (assenza di condanne per determinati reati; assenza di previ episodi di esclusione dal mercato) sono declinati in negativo. L'abilitazione presso il Punto di Scambio Virtuale, giova precisare, non è richiesta ai fini della ammissione al mercato, ma, ai sensi dell'articolo 19 della disciplina, è un pre-requisito «ai fini della presentazione di offerte».

⁴¹ Ad ogni modo, su questo requisito il GME insiste, per garantirne la presenza ed il mantenimento, essendo anche oggetto di apposito impegno ai sensi del «contratto di adesione» (articolo 2.2, lettera d, del modello di cui all'allegato B alla disciplina).

⁴² Ai sensi dell'articolo 11 della disciplina del mercato del gas naturale, il rischio di errore circa l'identità dell'operatore o, per meglio dire, circa l'imputabilità ad esso della dichiarazione di offerta immessa nel sistema, è sterilizzato grazie ad «*appropriate procedure (...) finalizzate a garantire il riconoscimento degli operatori e l'autenticità delle transazioni*».

⁴³ Analoga disciplina, dedicata proprio alla cancellazione di errori materiali evidenti, è contenuta all'articolo 6.1.3 del Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A. In merito, giova riportare le considerazioni del, pur risalente, provvedimento del Collegio dei Probiviri di Borsa Italiana S.p.A., 10 luglio 2004, in *Banca borsa*, 2005, II, 702 ss., con nota di VENTORUZZO, secondo il quale «nella manifestazione

conclusi a fronte dell'abbinamento, durante una sessione di negoziazione continua, di due offerte, di cui una affetta da «*errore materiale evidente nell'immissione*».

Anzitutto, la «*cancellazione*» del contratto è ammessa solo «*qualora il prezzo della transazione per la quale viene richiesta (...) risulti superiore ovvero inferiore ad un limite massimo ovvero minimo indicato*» nelle «*disposizioni tecniche di funzionamento*»⁴⁴: il gestore stabilisce così una soglia di rilevanza dell'*error in quantitate*, determinante del consenso.

La relativa procedura, poi, lungi dal risolversi in un dialogo esclusivo tra il GME e l'operatore «errante», comporta che «*il GME comunica agli operatori controparti interessate [rispetto all'operatore errante] gli estremi delle transazioni per le quali è stata richiesta l'attivazione della procedura di gestione errori, chiedendo agli stessi l'assenso ad attivare la procedura medesima*» (articolo 46.6). Nel caso in cui dette controparti non forniscano il loro assenso, «*il GME non procede con la cancellazione delle transazioni, comunicando la circostanza agli operatori interessati*» (articolo 46.7).

In definitiva, l'altro contraente, rispetto all'operatore che ha sbagliato nel predisporre e/o immettere l'offerta, non subisce affatto la cancellazione, neanche a fronte di un errore evidente, e quindi, per usare il linguaggio del codice, riconoscibile. Il contratto è salvo in maniera definitiva grazie al veto di controparte.

(c) Il terzo ordine di rischi teme la sopravvenienza dei cosiddetti difetti funzionali del sinallagma, quelli che nel diritto comune legittimano la risoluzione del contratto. Scartate le figure della impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenute – che non hanno modo di realizzarsi rispetto alle prestazioni scambiate nel mercato del gas naturale⁴⁵ – resta l'inadempimento da parte di uno degli operatori/offerenti abbinati dal sistema.

La disciplina in commento, al fine di neutralizzare il rischio corrispondente, noto anche come rischio di controparte, ricorre a due soluzioni per la verità comuni ai mercati finanziari: compensazione e garanzia. Tuttavia, tali soluzioni si presentano più accentuate e rafforzate nel mercato del gas naturale.

Quanto al meccanismo di compensazione, tradizionalmente il compito è affidato ad una *clearing house*, la quale, agendo come controparte centrale e interponendosi in tutte le operazioni che avvengono sul mercato, funge da acquirente nei confronti dell'offerente che presenta un'offerta di vendita, e viceversa. Nel mercato del gas, peraltro, è lo stesso gestore che presta questo servizio: ai sensi dell'articolo 23.4 della

della propria autonomia contrattuale, gli intermediari accettano dunque di assoggettarsi a regole specifiche, acconsentendo altresì a che, in caso di patologia di contratti conclusi tra operatori, trovi applicazione nel loro stesso interesse, oltre che nell'interesse del mercato, una procedura *ad hoc* (...).

⁴⁴ Le disposizioni tecniche di funzionamento sono «*norme attuative e procedurali*» della disciplina del mercato del gas naturale, la cui emanazione, ai sensi dell'articolo 4 di detta disciplina, è di competenza del GME, il quale «*si attiene ai criteri di neutralità, trasparenza, obiettività e concorrenza tra gli operatori*».

⁴⁵ Per le medesime ragioni, si dovrebbe escludere anche la possibilità di evizione e/o vizi o mancanza di qualità, secondo la disciplina speciale del tipo «compravendita», cui sono riconducibili in definitiva i contratti del nostro mercato.

relativa disciplina, «nei contratti di acquisto e di vendita stipulati sul MGAS, il GME è controparte degli operatori».

La garanzia della solvibilità della *clearing house*, e quindi, in ultima istanza, degli operatori partecipanti al mercato, si basa soprattutto sull'obbligo, previsto a carico degli operatori «ai fini della presentazione di offerte congrue sul MGAS» (cfr. articolo 55 della disciplina), di presentare «garanzie finanziarie, nella forma di fidejussioni a prima richiesta», secondo un modello contrattuale allegato alla disciplina stessa e comunque rilasciate da istituti bancari che presentino un *rating* minimo. L'ammontare della garanzia deve essere proporzionale all'entità delle offerte che l'operatore garantito intende presentare (articolo 56), fermo restando che «il GME determina ed aggiorna la capienza della garanzia», chiedendo l'eventuale «adeguamento rispetto all'ammontare iniziale» (articolo 57).

Ad ogni modo, con riferimento al rischio di controparte, è fondamentale rilevare che le conseguenze dell'inadempimento dell'offerente (di per sé evento remoto, se si considera il paracadute della garanzia fideiussoria) non consistono affatto nello scioglimento del contratto di compravendita di gas naturale concluso, nella conseguente restituzione di quanto eventualmente eseguito in base ad esso e nel risarcimento dei danni occorsi all'offerente (venditore o compratore) invece adempiente⁴⁶.

Anzitutto, l'inadempimento è definito (all'articolo 62.1, lettera a) come il mancato pagamento, a favore del GME – e non della controparte contrattuale – degli importi dovuti per ciascuna posizione netta, ai sensi dell'articolo 59 della disciplina. Quindi, il processo di «gestione dell'inadempimento» di cui agli articoli 63 e seguenti non è affatto lasciato nella disponibilità (e nell'onere) della controparte, ma viene attivato d'ufficio dal GME; e le sue conseguenze consistono, fra l'altro, nella sospensione dell'operatore inadempiente e nella chiusura delle posizioni nette in consegna ad esso relative (ottenute dalla somma algebrica delle transazioni concluse dall'operatore stesso sul MGAS), impregiudicati e inalterati i contratti da questi stipulati.

A quest'ultimo proposito, l'invulnerabilità dei contratti negoziati e perfezionati nell'ambiente del mercato del gas è ulteriormente ribadita, in via generale, nell'articolo 25 della disciplina, rubricato «Definitività delle contrattazioni», ove: «fatto salvo quanto previsto dal successivo articolo 46 [in tema della procedura di gestione degli

⁴⁶ L'esclusione della praticabilità del rimedio risolutorio, da parte della disciplina del mercato del gas naturale (la quale, come si è appurato, ha a sua volta natura contrattuale), evoca il dibattito circa l'ammissibilità della cosiddetta clausola di irrisolvibilità, quale manifestazione di un interesse pratico al mantenimento del contratto, in deroga alle norme codicistiche in tema di risoluzione per inadempimento. Si veda la prospettiva di analisi inaugurata da DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, *passim*, ed ID., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, in part. 380, a favore della validità di simile clausola, purché rimangano operanti i rimedi volti all'adempimento e al risarcimento del danno e vengano rispettati i limiti di cui all'art. 1229 c. c.. Più di recente, cfr. BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, in *Nuova giur. comm.*, 2013, II, 536 ss. e D'AURIA, *Il patto di irrisolvibilità: profili problematici – on waiver of buyer's right to terminate the sale agreement: problematic aspects*, in *Giust. civ.*, 2013, 1738 ss..

errori a cui si è accennato], *le contrattazioni di GAS concluse sul MGAS sono considerate definitive e vincolanti anche ai fini della garanzia, della compensazione e della liquidazione e regolazione delle partite economiche, nonché dei conseguenti obblighi che ne derivano, a partire dal momento in cui le offerte in acquisto e in vendita risultano verificate valide e congrue e sono accettate nel sistema delle offerte (...)*».

In pratica, nel *raggruppamento* dei contratti energetici, nonché nel *raggruppamento* dei contratti finanziari, l'esercizio di autonomia contrattuale, che consiste nell'immettere nel sistema una proposta di acquisto o vendita, è irreversibile e, comunque, il contratto che da esso scaturisce è sicuro e inattaccabile.

La manifestazione iniziale di volontà dell'offerente, acquirente o venditore che sia, dà impulso ad un procedimento altamente amministrato per la formazione ed esecuzione del contratto, che funziona ed avanza grazie ad automatismi alimentati dalle risorse tecniche ed economiche preventivamente apportate al sistema, già all'atto dell'ammissione dell'operatore.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2017	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2017	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 978-88-6611-587-8



9 788866 115878

€ 38,00